UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA ANDRADE

# DANO MORAL E INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Rio de Janeiro
2003

ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA ANDRADE

# DANO MORAL E INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Dissertação apresentada à Universidade Estácio de Sá como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Regis Velasco Fichtner Pereira

Rio de Janeiro
2003

Ao meu pai, Luis Antônio de Andrade (*in memoriam*), exemplo de respeito ao outro.
À minha mulher, Flávia, e aos meus filhos, Luis, André e Felippe, que fazem tudo ter sentido.

**AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Regis Velasco Fichtner Pereira, pelas observações valiosas para o desenvolvimento deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Paulo César Pinheiro Carneiro, pela inestimável colaboração e pela motivação dadas desde o início do projeto, e ao Paulo César Pinheiro Carneiro Filho, pelo estímulo constante.

Ao Prof. Dr. Sergio Bermudes, pelo fundamental auxílio no início de minhas pesquisas.

Ao Prof. Dr. José Roberto de Castro Neves, que, com sua posição crítica em relação à idéia de indenização punitiva, levantou questões fundamentais sobre o tema.

À Maria Cecília de Castro Neves, que, com extrema gentileza (própria da família), obteve para mim importante material bibliográfico.

Ao Dr. Flávio Galdino, que também colaborou com material bibliográfico fundamental.

À minha querida sobrinha Teresa de Andrade Castro Neves, que, além de debater comigo, tantas vezes me auxiliou na tradução de textos em inglês.

Um agradecimento especial às minhas auxiliares Maria Norberta Magalhães e Ana Beatriz Ferreira da Paz, cuja eficiente assessoria me deu a tranqüilidade necessária para a conclusão do trabalho.

Aos meus professores do mestrado, pelas valiosas lições ao longo do curso.

Aos meus queridos colegas Magistrados, Ana Maria Pereira de Oliveira, Arthur Eduardo Magalhães Ferreira, Gabriel de Oliveira Zefiro, Gustavo Bandeira da Rocha Oliveira, Heleno Ribeiro Pereira Nunes, Katia Maria Amaral Janguta, Luiz Roberto Ayoub, Luiz Umpierre de Mello Serra, Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Sergio Ricardo de Arruda Fernandes, Wagner Cinelli de Paula Freitas e Werson Franco Pereira Rego, que incentivaram, colaboraram e, enfim, criaram um clima de trabalho essencial para o bom termo da empreitada.

## RESUMO


O conceito de dano moral e a natureza da respectiva indenização são questões sobre as quais a doutrina ainda não encontrou um denominador comum. Desde a consagração do direito à indenização do dano moral na Constituição Federal de 1988, vem aumentando o número de demandas que tratam do tema, a respeito do qual a jurisprudência ainda demonstra grandes vacilações. O presente trabalho discute a possibilidade do emprego de indenização com caráter punitivo como resposta jurídica ao dano moral. Para tanto, vai buscar no princípio constitucional da dignidade humana e nos direitos da personalidade a fundamentação da indenizabilidade dessa espécie de dano. São analisados os entendimentos doutrinários acerca do conceito de dano moral e da função desempenhada pela respectiva indenização. Em seguida, constituem objeto de exame especial os *punitive damages*, também denominados *exemplary damages*, instituto característico do sistema de *common law*. Depois de indicadas algumas das características do sistema de *common law* e do *tort law*, é traçada a origem dos *punitive damages*. Em seguida, são eles examinados em sua feição atual, com ênfase na experiência dos Estados Unidos da América, país em que o instituto ganhou notável desenvolvimento. Os altos valores indenizatórios fixados em alguns julgados têm gerado grandes controvérsias e levaram alguns segmentos da sociedade americana, em especial as grandes corporações, a pressionar por limitações na aplicação dos *punitive damages* e nos montantes indenizatórios. O trabalho procura desfazer alguns dos mitos em relação ao instituto, gerados por notícias falsas ou inexatas propagadas pela mídia. No capítulo principal, é sustentada a aplicabilidade da indenização punitiva no Direito brasileiro, com atenção para as especificidades do ordenamento jurídico nacional. Redesenhado o papel da responsabilidade civil na sociedade atual, a indenização punitiva aparece como sanção adequada e necessária contra determinados atos de violação a direitos da personalidade. Após estabelecidos os pressupostos de aplicação da indenização punitiva, são analisadas algumas das objeções a ela apresentadas pela doutrina.



Palavras-chave: Princípio da dignidade humana. Direitos da personalidade. Dano moral. Dano imaterial. Indenização. Reparação. Pena. Punição. Sanção. *Common law. Tort Law. Punitive damages*. *Exemplary damages*. *Deterrence*. Dissuasão. Enriquecimento sem causa.

## ABSTRACT

The concept of moral damage and the nature of its respective indemnity are issues about which the doctrine has not found a common denominator yet. Since the consecration of the right to indemnity from moral damage in the (Brazilian) National Constitution of 1988, there has been an increase in the number of demands that deal with this theme, in relation to which the jurisprudence still shows great hesitation. The present work discusses the possibility of implying indemnity with a punitive character as a juridical response to moral damage. In order to do so, it searches in the constitutional principle of human dignity and in the personality rights the fundament of indemnity of this kind of damage. The doctrinary understanding about the concept of moral damage and the function fulfilled by the respective indemnity are analyzed. Then, the punitive damages, also called exemplary damages, a characteristic institute of the common law system are specially examined. After indicating some of the characteristics of the common law and tort law system , the origin of the punitive damages is traced. Afterwards, they are examined in their present trait, with emphasis on the experience of the United States of America, a country in which the institute developed notably. The high indemnity values set to some sentences have generated great controversy and led some segments of American society, specially big corporations, to press for limitations in the application of the punitive damages and the sum of the indemnity. The work aims at pulling down some of the myths in relation to the institute created by false or inexact news propagated by the media. In the main chapter, the applicability of the punitive indemnity in Brazilian Law is sustained, with attention to the specificities of the national group of laws. After the role of the civil responsibility in contemporary society is reviewed, the punitive indemnity appears as suitable and necessary sanction against certain acts of personality rights violations. After the postulation of the application of punitive indemnity are established, some objections to it presented by the doctrine are analyzed.

**Key-words: Human dignity principle. Personality rights. Moral damage. Material damage. Indemnity. Reparation. Penalty. Punishment. Sanction. Common law. Tort Law. Punitive damages. Exemplary damages. Deterrence. Dissuasion. Enrichment without cause.**

## SUMÁRIO

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto ciência, não se limita ao exame da norma[1] como entidade autônoma, desvinculada dos fenômenos sociais e dos valores que permeiam uma determinada comunidade humana. O fenômeno jurídico nunca é exclusivamente jurídico. A ciência jurídica trabalha com conceitos de naturezas variadas, alguns deles elaborados pela própria técnica (tais como pretensão, revelia, coisa julgada), outros derivados da experiência social (comunhão de bens, posse, empresa), outros que se referem a valores éticos (como justiça, boa-fé, eqüidade). Como ensina Miguel Reale: "Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal".[2]

Um estudo epistemológico abrangente da responsabilidade civil passa necessariamente pelo exame dos fenômenos sociais (aqui incluídos aspectos variados, como o econômico e o psicológico) e éticos. Impositiva é uma análise crítica do papel desempenhado por esse ramo do Direito no mundo de hoje, sem apego a dogmas e tradições que não mais atendem às expectativas sociais.

A partir dessa perspectiva, constata-se que os instrumentos tradicionalmente empregados na responsabilidade civil são insuficientes para lidar com os problemas da sociedade contemporânea. Mecanismos jurídicos que mostravam resultados satisfatórios em décadas passadas não respondem aos anseios do homem moderno, que se vê às voltas com problemas e dificuldades que acompanham os avanços tecnológicos, a mecanização da indústria, a massificação das relações de consumo, a formação de poderosos conglomerados

---

[1] A expressão "norma" é empregada, aqui, no sentido usual de "texto" normativo, integrante do direito objetivo, não no sentido de resultado da interpretação de um texto. V., por todos, GRAU, Eros Roberto, segundo o qual: "O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo." (*Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2002, p. 17).

[2] REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 2000, p. 57.

econômicos multinacionais, a utilização em larga escala dos recursos naturais, a velocidade da comunicação, o crescente volume de informações, a globalização cultural e econômica. Estes são alguns dos fenômenos de uma sociedade complexa, caracterizada pela transindividualidade dos conflitos humanos e que necessita de novas soluções para o problema da adequada proteção da pessoa, em todas as suas dimensões. E essas soluções passam não apenas pela necessidade de uma reformulação legislativa, mas, também (e fundamentalmente), pela ampliação dos horizontes da dogmática jurídica, através de uma hermenêutica renovada, de natureza constitucional-substancialista, que confira a maior eficácia possível aos valores e princípios constitucionais.

Partindo, pois, da premissa de que "a responsabilidade civil é um sistema de caráter complexo"[3] voltado para o atendimento de várias finalidades sociais, que "não se esgotam na mera função compensatória"[4] ou reparatória, propõe-se, a partir do princípio da dignidade humana, o emprego sistemático e racional da indenização punitiva como um dos instrumentos aptos à satisfação dessas finalidades.

Embora tenha origem mais remota, foi na Inglaterra e nos Estados unidos que a figura aqui analisada, lá referida pela denominação mais freqüente de *punitive* ou *exemplary damages*, começou a assumir sua feição atual. Em razão da influência desses dois países, logo foi assimilada pela maior parte dos países integrantes do sistema de *common law*. É, pois, na doutrina e na jurisprudência inglesa e americana que foram buscadas as fontes primárias do presente estudo.

Fora do sistema de *common law* a idéia do caráter punitivo da indenização encontra muitas resistências, ancoradas no tradicional princípio de que a indenização se mede pela

---

[3] TARABORRELI, Alejandro Atilio e MAGRI, Eduardo Omar. *Acerca de los Punitive Damages: Análisis Económico del Instituto*. Artigo capturado na Internet em 28.5.2003, no endereço eletrônico: http://www.biglieri.org/publicaciones/castellano/catedra/acerca_de_los_punitive_damages.htm. ("*la Responsabilidad Civil es un sistema de carácter complejo en el que confluyen una serie de finalidades sociales, las que no se agotan en la mera función compensatoria.*")

[4] *Idem.*

extensão do dano e na noção, igualmente tradicional, de que a pena é instituto que deve ficar confinado ao campo do Direito Penal. O tema, no entanto, vem despertando cada vez mais interesse nos países integrantes da tradição romano-germânica.

Na França, vários autores associaram a responsabilidade civil à pena. Na primeira metade do Século passado, destacam-se os trabalhos de Luis Hugueney (*L'idée de peine privée en droit contemporain*), Georges Ripert (*La règle morale dans les obligations civiles*) e Boris Starck (*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civle considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*). Mais recentemente, a questão foi objeto de notável trabalho de Suzanne Carval (*La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*).

Na Argentina, o tema tem chamado a atenção de autores como Ramón Daniel Pizarro (*Daños punitivos*) e Matilde Zavala de Gonzalez (*Indemnización punitiva*).

No Brasil, a função punitiva da indenização do dano moral não encontrou receptividade entre os clássicos, como Wilson Melo da Silva (*O dano moral e sua reparação*) e José de Aguiar Dias (*Da responsabilidade civil*). Já os autores mais modernos, em sua maioria, têm assinalado que a indenização do dano moral, a par de sua função compensatória ou satisfatória, assume uma feição de punição e prevenção. Desse pensar, dentre outros, são Sergio Cavalieri Filho (*Programa de Responsabilidade Civil*) e Antonio Jeová Santos (*Dano moral indenizável*). Parte da doutrina, porém, mostra-se avessa à idéia da função punitiva da indenização do dano moral. Alinham-se neste grupo Maria Celina Bodin de Moraes (*Danos à pessoa humana*) e Clayton Reis (*Os novos rumos da indenização do dano moral*).

A jurisprudência brasileira, de um modo geral, tem aderido à idéia da punitividade. Todavia, a relativa recentidade da consagração do dano moral em nosso ordenamento jurídico, aliada à falta de bases teóricas mais firmes acerca do conceito de dano moral e da idéia da indenização punitiva, têm como conseqüência uma certa falta de coerência entre o discurso e a prática dos julgados, muitos dos quais invocam a finalidade punitiva da

indenização do dano moral, sem indicar a razão ou as razões que apontam para essa finalidade e sem que o *quantum* respectivo expresse verdadeiramente o caráter de punição.

O presente estudo pretende contribuir para o debate necessário acerca do conceito de dano moral e do papel a ser desempenhado modernamente pela indenização.

O presente trabalho inicia com o exame do princípio da dignidade humana, alçado pela Constituição Federal à condição de princípio cardeal do nosso ordenamento jurídico e fundamento da própria República. O princípio é analisado pelos ângulos jus-filosófico e normativo. Dele irradiam-se diversos direitos, muitos dos quais encartados na Constituição como direitos fundamentais individuais e sociais. Destacam-se os direitos da personalidade, a partir dos quais se desenha a idéia de dano moral. Partindo da idéia de que a Constituição Federal instituiu uma ordem jurídica principiológica, governada por valores que se espraiam por todos os ramos do Direito, discute-se o alcance do princípio da dignidade e a sua concretização judicial, em especial no que concerne a uma eficaz resposta jurídica à violação ou à ameaça de violação dos direitos da personalidade.

Procura-se, em seguida, definir o dano moral, partindo dos diversos conceitos construídos para essa figura ao longo do tempo pela doutrina. No contexto do presente trabalho, a delimitação dessa espécie de dano e das hipóteses em que ele se configura mostra-se de extrema relevância para a construção da idéia de indenização punitiva.

Considerou-se importante realizar um exame das diversas formas de sanção jurídica, com destaque para duas delas: a pena e a reparação. São analisadas as finalidades da pena, de acordo com as teorias absolutas, relativas e mistas. A reparação, conceito fundamental para a responsabilidade civil, é vista pelas diversas formas pelas quais opera. Estuda-se, em seguida, o papel desempenhado pela indenização em caso de dano moral.

O presente estudo não poderia deixar de abordar a doutrina dos *punitive damages*. Faz-se, para tanto, uma aproximação inicial com o sistema de *common law*, trazendo, em seguida,

algumas noções sobre a responsabilidade civil naquele sistema. Os *punitive damages* são examinados, primeiro, em uma perspectiva histórica; depois, são mostrados em sua feição atual, com destaque para a experiência norte-americana, onde o instituto ganhou grande impulso e acendeu um intenso debate doutrinário. São trazidas algumas notas sobre os *punitive damages* em outros países. Encerra-se o capítulo com observações sobre alguns equívocos disseminados pela mídia em relação ao instituto.

Chega-se, então, ao estudo da aplicação da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro. Partindo-se de premissas estabelecidas nos capítulos anteriores, defende-se uma mudança de paradigma no campo da responsabilidade civil, que, em sua concepção tradicional, se encontra fundada no modelo reparatório, orientado em relação ao passado, pois se preocupa exclusivamente com um fato já ocorrido (o dano), que deve ser reparado ou compensado. Essa orientação não mais satisfaz os anseios sociais. Os avanços tecnológicos trouxeram, como contrapartida, o incremento dos riscos de acidentes, intensificando a idéia de prevenção do dano e punição de condutas que se mostram particularmente reprováveis. Relativiza-se a dicotomia Direito Penal-Direito Civil em conseqüência do enfraquecimento de outra dicotomia, entre Direito Público e Direito Privado. São examinadas as finalidades da indenização punitiva e fixados os seus pressupostos. Depois de analisadas algumas objeções ao instituto, busca-se a definição dos critérios para a fixação do *quantum* da indenização punitiva. Encerra-se com o exame da questão referente à tarifação ou ao estabelecimento de limites quantitativos à indenização.

A doutrina tem aludido, com freqüência, a um movimento de (re)personalização do Direito. A proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade, além de estabelecida em diversos tratados internacionais, encontra-se expressamente prevista nas Constituições de diversos países. Ao Judiciário cabe papel importante na defesa dos direitos que decorrem diretamente da dignidade da pessoa.

## 2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL

"Cada homem carrega a forma inteira
da condição humana." (Montaigne)

### 2.1. INTRODUÇÃO

Um dos grandes avanços proporcionados pela vigente Constituição Federal foi a consagração definitiva do direito à indenização por dano moral. Os incisos V[5] e X[6] do art. 5º da Carta Constitucional incluíram, no rol dos direitos fundamentais, o direito à indenização pelo dano decorrente de violação da esfera moral da pessoa:

Com a previsão do direito à proteção dos chamados direitos imateriais deu-se nova amplitude ao princípio da inafastabilidade do controle judicial. Ao estabelecer, no inciso XXXV do art. 5º, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", a Constituição passou a garantir a proteção não apenas dos direitos materiais ou patrimoniais[7] – ou do direito de "ter" –, mas, também, e, principalmente, dos direitos imateriais ou da personalidade – que encontram sua expressão genérica no princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º): é a consagração do direito de "ser".

A previsão constitucional, por um lado, sepultou as últimas resistências ainda

[5] "V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem".
[6] "X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"
[7] Os direitos patrimoniais encontram sua expressão básica no inciso XXII do art. 5º da Carta Constitucional, segundo o qual: "é garantido o direito de propriedade".

existentes à idéia de uma reparação pecuniária pela ofensa ao patrimônio imaterial ou ideal da pessoa; por outro, reavivou a necessidade de discutir o próprio conceito de dano moral. Necessidade que se torna mais premente em razão do número crescente de demandas nas quais se postulam indenização por essa espécie de dano.

No Código Civil de 1916 o dano moral era apenas vislumbrado em hipóteses pontuais. Assim é que o art. 1.543 estabelecia que, em caso de perda definitiva da coisa esbulhada, o esbulhador ficava obrigado ao pagamento não apenas do preço da coisa, mas de soma correspondente ao seu valor de afeição; o art. 1.547, parágrafo único, previa, para os casos de injúria e calúnia, indenização correspondente ao dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva, se não fosse possível provar o prejuízo material; o art. 1.548 impunha o pagamento de dote à mulher agravada em sua honra em situações especificadas nos incisos do referido dispositivo legal; o art. 1.549 tratava da reparação devida à vítima de ultraje ao pudor; o art. 1.550 previa, para o caso de ofensa à liberdade pessoal, o pagamento de uma soma correspondente ao dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva, a par da indenização pelo dano material.[8]

Diplomas legais posteriores ao Código Civil estabeleceram o direito à reparação moral, embora também em situações específicas. A Lei nº 4.117/62, em seu art. 81, estabeleceu direito de indenização em caso de ofensa à honra por meio de radiodifusão. A Lei nº 5.250/67, em seu art. 53, previu a reparação pecuniária para o caso de ofensa à honra por meio da imprensa.

A consagração, na Constituição Federal de 1988, da reparabilidade do dano moral acarretou, imediatamente, a identificação, no plano legislativo, do dano moral em outros campos do relacionamento humano.

---

[8] Sobre a previsão do ressarcimento do dano moral no Código Civil de 1916, Wilson Melo da SILVA. *O dano moral e sua reparação*, p. 485 e seguintes.

Estabeleceu-se o direito do consumidor à efetiva prevenção e reparação de danos morais (Lei nº 8.078/90 – art. 6º, VI); previu-se a reparação dos danos morais causados a interesses metaindividuais (art. 1º da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 8.884/94; e art. 6º, VI, da Lei nº 8.078/90); fixou-se o direito à indenização por danos morais pela violação de direitos autorais (art. 108 da Lei nº 9.610/98).

Finalmente, o novo Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406/2002, estabeleceu expressamente o direito genérico à reparabilidade do dano moral (art. 186 c/c 927),[9] ajustando-se, assim, ao texto constitucional.

Todo esse movimento foi inspirado pelo reconhecimento de que a pessoa é composta de atributos de que não se pode ver despida, os quais constituem direitos intangíveis, que se sobrepõem aos denominados direitos patrimoniais.

O art. 1º, III, da Constituição Federal estabeleceu, como um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana, síntese desses atributos, que devem, em respeito ao comando constitucional, encontrar a mais ampla proteção possível do Poder Público, em especial do Poder Judiciário, ao qual incumbe, de um lado, a tutela *preventiva* dos direitos da personalidade (através de medidas preventivas em geral: cautelares, antecipatórias de tutela, inibitórias), quando ameaçados de violação; e, de outro, a tutela *reparatória* (mais adequado seria dizer satisfatória, dada a impossibilidade, no comum dos casos, de reparar o dano a algum desses direitos), quando já ocorrida a violação. A essas duas formas de tutela, agrega-se a *punitiva*, cabível em relação a comportamentos especialmente graves, quando, consumada a lesão, a tutela reparatória se mostra inadequada ou ineficaz.

---

[9] Estabelecem os referidos dispositivos legais: "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."; "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

2.2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade é qualidade ou atributo inerente ao homem, decorrente da própria condição humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes.[10] Constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades sócio-culturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais.[11]

A dignidade é composta por um conjunto de *direitos existenciais* compartilhados por todos os homens, em igual proporção, independentemente de seu estado ou condição. Partindo dessa premissa, contesta-se aqui toda e qualquer idéia de que a dignidade humana encontre seu fundamento na autonomia da vontade. A titularidade dos direitos existenciais, porque inerente ao ser humano, independe até da capacidade da pessoa de se relacionar, expressar, comunicar, criar, sentir. Dispensa a autoconsciência ou a compreensão da própria existência, porque "um homem continua sendo homem mesmo quando cessa de *funcionar* normalmente."[12] Como observa Ingo Wolfgang Sarlet: "mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada."[13]

Dentro dessa linha de pensamento, há que reconhecer que o conjunto de direitos que compõem a dignidade pertence aos homens em igual proporção. Daí não ser possível falar em maior ou menor dignidade, pelo menos no sentido aqui atribuído à expressão, de *conjunto*

---

[10] Ingo Wolfgang Sarlet, analiticamente, define a dignidade da pessoa humana como: "a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos." *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2001, p. 60).

[11] Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*, p. 8.

[12] COMTE-SPONVILLE, André. *Op. cit.*, p. 126.

[13] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 50.

*aberto de direitos existenciais*. O homem – apenas por sê-lo – não perde a sua dignidade, por mais indigna ou infame que seja a sua conduta,[14] pois a humanidade é, antes de tudo, um fato (biológico) que nos une a todos.

Quando se atribui a alguém a pecha de indigno ou quando se afirma que alguém não tem ou perdeu a dignidade a expressão está a ser utilizada com sentido diverso, para fazer referência ao conceito desfrutado por alguém no meio social, à sua respeitabilidade. A qualificação de indigno não pode, portanto, ser tomada como referente a alguém privado de direitos existenciais, mas a alguém merecedor de censura, castigo ou pena, em razão de algum comportamento contrário às regras de decoro, moral ou direito.

A dignidade pressupõe, portanto, a *igualdade* entre os seres humanos. Este é um de seus pilares. É da ética que se extrai o princípio de que os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais.[15] Os interesses em evitar a dor, manter relações afetivas, obter uma moradia, satisfazer a necessidade básica de alimentação e tantos outros são comuns a todos os homens, independentemente da inteligência, da força física ou de outras aptidões que o indivíduo possa ter.[16]

O *princípio da igual consideração de interesses* consiste em atribuir aos interesses alheios peso igual ao que atribuímos ao nosso. Não por *generosidade* – que consiste em doar, em atender ao interesse alheio, sem o sentimento de que, com isso, se esteja a atender a algum interesse próprio –, mas por *solidariedade*, que é uma necessidade imposta pela própria vida em sociedade. O solidário é aquele que defende os interesses alheios porque, direta ou

---

[14] *Ibidem*, p. 43.
[15] Peter Singer pondera que: "O princípio da igual consideração de interesses não permite que a nossa prontidão em considerar os interesses dos outros dependa das aptidões ou de outras características destes, excetuando-se a característica de ter interesses." (SINGER, Peter. *Ética Prática*, p. 32).
[16] Cf. SINGER, Peter. *Op. cit.*, p. 32.

indiretamente, eles são interesses próprios. A solidariedade, como bem sintetizado por André Comte-Sponville, "é uma maneira de se defender coletivamente".[17]

O respeito à dignidade humana, por esse prisma, não constitui ato de generosidade, mas *dever de solidariedade*. Dever que a todos é imposto pela ética, antes que pelo direito ou pela religião.

A igual consideração de interesses, é importante frisar, constitui não um princípio de igualdade absoluta, já que esta é virtualmente inalcançável, mas um "*princípio mínimo de igualdade*", que pode impor até um tratamento desigual entre as pessoas, se necessário for para a diminuição de uma desigualdade.[18]

O outro pilar da dignidade é a *liberdade*. É a liberdade, em sua concepção mais ampla, que permite ao homem exercer plenamente os seus direitos existenciais. O homem necessita de liberdade interior, para sonhar, realizar suas escolhas, elaborar planos e projetos de vida, refletir, ponderar, manifestar suas opiniões. Por isso, a censura constitui um grave ataque à dignidade humana. Todavia, o homem não é livre para ofender a honra alheia, expor a vida privada de outrem ou para incitar abertamente à prática de crime. A liberdade encontra limites em outros direitos integrantes da personalidade humana, tais como a honra, a intimidade, a imagem. Liberdade exige responsabilidade social, porque sem ela constitui simples capricho.

O exercício da liberdade em toda a sua plenitude pressupõe a existência de condições materiais mínimas. Não é verdadeiramente livre aquele que não tem acesso à educação e à informação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, ao lazer.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em seu art. 1º, põe em destaque os dois pilares da dignidade humana: "Todas as pessoas nascem *livres e iguais em dignidade* e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade."

---

[17] COMTE-SPONVILLE, André. *Apresentação da Filosofia*, p. 32.
[18] SINGER, Peter. *Op. cit*, p. 33.

Sempre que se cuida do tema da dignidade humana é lembrada a afirmação kantiana de que: "o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade."[19] Dessa contraposição entre meio e fim, Kant extraiu o princípio fundamental de sua ética: "age de tal maneira que tu possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio."[20] Tratar o outro como fim significa reconhecer a sua inerente humanidade, pois "o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre e em todas as suas ações como fim em si mesmo."[21]

A *dignidade* constitui, na moral kantiana, um valor incondicional e incomparável, em relação ao qual só a palavra *respeito* constitui a expressão conveniente da estima que um ser racional lhe deve prestar.[22] Para ilustrar o caráter único e insubstituível da *dignidade*, Kant a contrapõe ao *preço*: "Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade."[23]

A existência de uma dignidade inata a todo homem não significa, em absoluto, afirmar que ele seja bom por natureza. Neste ponto há que concordar com Schopenhauer, para quem a consideração para com o outro não é natural ao homem. Ao contrário: "A motivação principal e fundamental, tanto no homem, como no animal, é o egoísmo, quer dizer, o ímpeto para a existência e o bem estar."[24] O que distingue o homem dos animais, dentre outras coisas, é a circunstância de que o homem é capaz de guiar o seu egoísmo pela razão e pelo cálculo,

---

[19] KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 58.
[20] *Ibidem*, p. 59.
[21] *Ibidem*, p. 60.
[22] *Ibidem*, p. 66.
[23] *Ibidem*, p. 65.
[24] SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o Fundamento da Moral*, p. 120. Diferentemente de Kant, que fundamenta sua ética em princípios *a priori*, extraídos da razão pura, Schopenhauer busca na experiência ou no caminho empírico o fundamento da ética.

perseguindo seus objetivos de modo planejado. Daí porque os animais podem ser chamados de egoístas, mas apenas o homem pode ser chamado de *interesseiro*.[25]

Para Schopenhauer, o egoísmo humano é sem limites e comanda o mundo, pois o homem quer tudo dominar. Tomando-se pelo centro do mundo, o homem relaciona tudo ao seu interesse, ainda que esse interesse seja dirigido a uma recompensa a ser recebida fora deste mundo. A própria cordialidade entre os homens, segundo o filósofo, nada mais é do que mera hipocrisia reconhecida e convencional.[26]

Apesar de sua visão pessimista, Schopenhauer reconhece que, diariamente, há pessoas – "os poucos *aequi* [justos] no meio dos inumeráveis *iniqui* [injustos]"[27] – que não buscam apenas a própria vantagem, mas que também consideram os direitos do outro, com o qual se identificam, fazendo com que a diferença total entre o eu e o outro, sobre a qual repousa o egoísmo, seja em certa medida suprimida. Trata-se do fenômeno da *compaixão*, "base de toda a justiça *livre* e de toda a caridade *genuína*".[28]

É na metafísica que Schopenhauer vai encontrar a explicação última para o sentimento de compaixão, o companheirismo e toda e qualquer preocupação desinteressada pelo outro. Embora no mundo fenomênico, único alcançado pelos sentidos, cada um de nós seja de fato diferente do outro, disto não se segue que o mesmo ocorra com a nossa "essência em-si interior".[29] No nível mais essencial do nosso ser, fora do tempo e do espaço – ou seja, no mundo numenal –,[30] não há diferenciação. Por essa razão, aquele que fere outrem é como se estivesse ferindo a si próprio.

---

[25] *Ibidem*, p. 121.
[26] *Ibidem*, p. 123.
[27] *Ibidem*, p. 130.
[28] *Ibidem*, p. 136.
[29] *Ibidem*, p. 213.
[30] Em contraposição ao mundo fenomênico, apreensível pelos sentidos e, por conseguinte, passível de conhecimento pela experiência imediata.

Seja fundada na racionalidade, como pretendido por Kant, seja encontrada na metafísica, como sustentado por Schopenhauer, a *ética* impõe o respeito mútuo e a consideração recíproca entre todos os homens, porque dotados todos de igual dignidade.

A complexidade inerente ao conceito de dignidade torna dificultosa a determinação do seu conteúdo. O que venha a compor o conceito de dignidade é algo que não pode ser definido abstratamente, mas apenas em concreto, à luz de um determinado ordenamento jurídico e dos influxos históricos e culturais de cada sociedade. Toda essa dificuldade teórica em identificar com precisão o conteúdo da dignidade da pessoa humana decorre da circunstância de que o conceito de dignidade se insere na categoria dos denominados *conceitos jurídicos indeterminados*,[31] caracterizados pela vagueza e subjetividade de sentido, a exigir do intérprete a formulação de juízos intelectivos mais ou menos complexos.

O dado cultural é indissociável da noção de dignidade. Comportamentos considerados degradantes ou inaceitáveis em uma determinada cultura podem ser considerados normais em ambiente cultural diverso. Essas diferenças tendem a ser salientes em se tratando de culturas marcadamente diversas, como, por exemplo, as de países ocidentais em contraste com as de alguns países orientais. Mas até em sociedades supostamente menos distanciadas culturalmente as divergências aparecem.

Além do elemento cultural, há que considerar, ainda, que o conceito de dignidade tende a ser ampliado ou restringido por outros fatores, dentre os quais o econômico. Assim, em uma sociedade economicamente mais desenvolvida o conceito de dignidade – e, conseqüentemente, daquilo que a ofende – tende a ser mais alargado do que em outra menos desenvolvida. Trata-se apenas de uma tendência, que, em casos pontuais, pode não se confirmar, porque outros fatores sociais podem apresentar maior peso. Mas, a princípio,

---

[31] A denominação empregada na doutrina para designar esses vocábulos é variada: "conceitos jurídicos indeterminados", "conceitos juridicamente indeterminados", "conceitos legais indeterminados", "termos legais indeterminados", "conceitos vagos", "conceitos de valor", "conceitos normativos", "conceitos imprecisos",

constitui fenômeno observável o de que certos atos considerados ofensivos à dignidade de uma pessoa em uma sociedade economicamente desenvolvida são aceitáveis ou indiferentes em uma sociedade menos desenvolvida.

Essas diferenças, porém, não eliminam o caráter universal da idéia de respeito à dignidade humana ou da existência de um direito inato da pessoa de ser tratada dignamente.

Embora reconheça a dificuldade na definição do conceito de dignidade, Ingo Sarlet enfatiza que: "a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar as situações em que é espezinhada e agredida".[32] Com efeito, a dignidade parece revelar-se com clareza em algumas situações concretas de violação. Todavia, a complexidade das relações sociais desafia constantemente o juízo, apresentando situações diante das quais o intérprete hesita.

## 2.3. A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL

O respeito à dignidade humana constitui princípio fundamental, porque enraizado na consciência coletiva das sociedades modernas.[33] Exatamente em razão dessa sua fundamentalidade, o princípio da dignidade independe, para a produção de efeitos jurídicos, de inclusão expressa em texto normativo.

Sem que haja necessidade de recorrer à idéia da existência de *direitos naturais*, dissemina-se o entendimento de que o direito não se resume ao texto legal, nem constitui produto exclusivo da ação estatal. O fenômeno jurídico é muito mais amplo do que sugere um positivismo exacerbado, que desemboca em um normativismo formal, que só vê o direito em

---

"conceitos fluidos" (cf. OHLWEILER, Leonel. *Direito Administrativo em perspectiva. Os termos indeterminados à luz da hermenêutica.* 2000. Porto Alegre : Livraria do Advogado, p. 15, nota 7).

[32] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 39. V., também, do mesmo autor, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 105.

sua representação textual. Nas palavras de José de Oliveira Ascensão: "O Direito é uma ordem da sociedade, e não uma secreção do Estado".[34] Até porque o Estado se forma em torno de uma dada sociedade, não o inverso. Decorre daí ser o direito aquilo que se integra à sociedade.

Que o direito é integrado também por princípios gerais, não escritos, que fundamentam todo o ordenamento jurídico é uma idéia antiga, mas que passou a ser discutida mais seriamente e aplicada de forma mais ampla há não muitos anos. Obras de juristas importantes, originários de países integrantes de diferentes famílias de direito, como Ronald Dworkin e Robert Alexy, têm propagado a noção de que o direito é um sistema composto não somente de regras, mas também de princípios, que atuam não apenas como fontes subsidiárias, na lacuna do sistema ou na ausência de lei, mas como fontes primárias, sobrepondo-se inclusive aos textos legais. Reconhece-se – não sem muitas resistências – que sem o recurso aos princípios não há solução justa ou eqüânime para diversos conflitos sociais.

Impõe-se, admitir, porém, que a introdução do princípio da dignidade humana no texto constitucional é importante para a sua efetiva proteção e o seu amplo desenvolvimento pelos órgãos públicos em geral e, em especial, pelos órgãos de aplicação do direito. Como observa Ingo Sarlet: "a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção".

Por isso, é auspiciosa a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana no art. 1º, III, da nossa Constituição Federal. Significativa, mesmo, é a inclusão do princípio no pórtico da Constituição como fundamento da própria República Federativa do Brasil, como

---

[33] Canotilho define os princípios jurídicos fundamentais como aqueles: "historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional." (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.090).
[34] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e teoria geral*, p. 52.

símbolo do compromisso assumido pela Constituição Federal com os valores mais caros ao homem.

A expressão dignidade aparece, ainda, em outros dispositivos da Constituição Federal. Assim é que o art. 226, § 7º, estabelece que o planejamento familiar é fundado nos princípios da "dignidade da pessoa humana" e da paternidade responsável; o art. 227, *caput*, institui que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à "dignidade"; o art. 230, *caput*, impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, "defendendo sua dignidade".

O princípio da dignidade está contido, ainda que sob roupagem diversa, em outros dispositivos constitucionais, como o artigo 3º, que estabelece, dentre os objetivos fundamentais da República Brasileira, a construção de uma "sociedade livre, justa e solidária" (inciso I). Liberdade, justiça e solidariedade são valores que estão vinculados, indissociavelmente, à dignidade humana, porque constituem condições para a sua efetivação.

O mesmo dispositivo constitucional indica, como outro objetivo fundamental, "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (inciso IV). Consagra-se, aqui, princípio ético já mencionado, qual seja, o da igual consideração de interesses. Todos são merecedores de igual consideração por parte do Estado e de seus semelhantes.

Neste ponto, cabe observar que o princípio da dignidade da pessoa humana não é representativo de um "direito à dignidade". A dignidade não é algo que alguém precise postular ou reivindicar, porque decorre, como já observado, da própria condição humana. O que se pode exigir não é a dignidade em si – pois cada um já a traz consigo –, mas respeito e proteção a ela. Com razão, portanto, Ingo Sarlet, ao observar que: "(...) quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o

direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna".[35]

É importante assinalar expressamente, embora constitua verdadeiro truísmo, que a dignidade humana, em sua dimensão principiológica, ostenta eficácia normativa. Em outras palavras, do próprio princípio da dignidade humana, com abstração de qualquer outra norma, "podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados".[36] Não é necessário, pois, que a invocação ao princípio da dignidade venha acompanhada da indicação de algum direito fundamental específico que tenha sido alvo de violação ou de alguma norma infraconstitucional que constitua concretização legislativa do princípio. Neste sentido, Sarlet faz referência à dupla função do princípio: *defensiva* e *prestacional*. Em sua função defensiva, o princípio "encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não violação da dignidade)"; já em sua função prestacional, o princípio "impõe condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade".[37]

## 2.4. A RELAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A par de sua aplicabilidade direta, o princípio da dignidade humana, com toda a sua carga valorativa, também atua como "critério interpretativo do inteiro teor do ordenamento constitucional".[38] O princípio impregna, com maior ou menor intensidade, todas as normas

---

[35] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 71.
[36] *Ibidem*, p. 70.
[37] *Idem*. No mesmo sentido, Pérez Luño: "A dignidade humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas estabelece também a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo." No original: "*La dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidade de cada individuo.*" (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, p. 318).
[38] FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de direitos*, p. 54.

jurídicas. Relaciona-se, porém, de forma mais próxima com duas categorias de direitos: os *direitos da personalidade* e os *direitos fundamentais*.

A doutrina cada vez mais se refere a essas duas categorias, mas quase sempre separadamente, raras vezes preocupando-se em indicar se constituem, efetivamente, classes distintas de direitos ou simples expressões diferenciadas de uma única categoria. Cabe, pois, proceder ao exame dessas figuras.

### 2.4.1. Os direitos fundamentais

A expressão *direitos fundamentais* não é consensual na doutrina, que, para fazer referência à mesma categoria de direitos, emprega outras expressões, tais como "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos públicos subjetivos", "liberdades públicas", "direitos individuais", "liberdades fundamentais", "direitos humanos fundamentais", "direitos fundamentais do homem" e "direitos naturais".[39] A Constituição Federal de 1988 repercute essa pluralidade terminológica, aludindo a "direitos humanos" (art. 4º, II, e 7º), "direitos e garantias fundamentais" (Título II e art. 5º, § 1º), "direitos e liberdades constitucionais" (art. 5º, LXXI), "direitos e garantias individuais" (art. 60, § 4º, IV), "direitos e liberdades fundamentais" (art. 5º, XLI) e "direitos fundamentais da pessoa humana" (art. 17).

Embora essas expressões sejam comumente empregadas como sinônimas, Ingo Sarlet chama a atenção para a necessidade de apartar os sentidos das expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*. A primeira expressão (*direitos fundamentais*) deveria ser reservada "para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado", enquanto que a segunda (*direitos humanos*) deveria ser empregada para fazer referência "àquelas posições jurídicas que se

---

[39] *V.* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 31; e SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 157.

reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)".[40]

Idêntico é o entendimento de Edilsom Pereira de Farias, para quem os direitos fundamentais constituem a positivação dos direitos humanos na constituição de um determinado Estado, com a sua conseqüente transmudação de reivindicações políticas em normas jurídicas.[41]

Canotilho também assinala a distinção: "*direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente."[42]

Essa distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais de modo nenhum aparta substancialmente as duas categorias, mas apenas indica se os respectivos direitos são objeto de análise no âmbito do direito internacional (*direitos humanos*) ou do direito constitucional de um determinado Estado (*direitos fundamentais*).[43] O que se verifica, com mais freqüência, é que o catálogo dos direitos humanos é mais extenso que o dos direitos fundamentais, embora algumas constituições estabeleçam direitos fundamentais que não encontram correspondência nos textos internacionais.

Do ponto de vista da efetividade dos direitos, a distinção é de relevância inquestionável, pois a incorporação expressa dos direitos humanos em uma dada constituição lhes confere (embora, por óbvio, por si só não lhe assegure) condições de maior efetivação.[44]

É extenso o rol dos direitos fundamentais na Constituição brasileira. Dentro do Título II da Constituição Federal, que trata especificamente dos "Direitos e Garantias

---

[40] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 33.
[41] FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, p. 59/60.
[42] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 369.
[43] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 35.

Fundamentais”, encontra-se o art. 5º, que, em 77 incisos, estabelece os direitos (e deveres) individuais e coletivos. Os artigos 6º e 7º (este último com 34 incisos) relacionam os denominados direitos sociais e dos trabalhadores. Fora do Título II, é reconhecido como direito fundamental (de terceira geração ou dimensão) o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, estabelecido pelo art. 225.[45] Outros direitos previstos expressamente no texto constitucional, também excluídos do Título II, seriam passíveis de enquadramento entre os direitos fundamentais.[46]

Finalmente, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, assumindo a impossibilidade de estabelecer de forma rígida e inflexível todos os direitos que possam vir a merecer o *status* de fundamentais, previu os chamados direitos fundamentais “implícitos” e “decorrentes”, não constantes expressamente do texto constitucional.

A diferença meramente formal entre os direitos humanos e os direitos fundamentais tende a diminuir na medida em que a ordem jurídica interna mais se aproxima da ordem jurídica internacional. Somente com o reconhecimento da primazia do direito internacional sobre a ordem jurídica interna, dentro de uma concepção *monista internacionalista*,[47] a distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais perderá sua razão de ser.

### 2.4.2. Os direitos da personalidade

Categoria que tem sido objeto de muitos estudos é a dos chamados “direitos da personalidade”.[48] Parte da doutrina considera-os como direitos inatos ou inerentes ao homem,

---

[44] *Ibidem*, p. 36.
[45] *Ibidem*, p. 72.
[46] Ver, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia...*, p. 123, que menciona vários direitos fundamentais fora do catálogo, mas com *status* constitucional formal.
[47] MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *A influência dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito interno*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1608>. Acesso em: 02 ago. 2003.
[48] A denominação “direitos da personalidade” é a preferida em nossa doutrina. Carlos Alberto Bittar relaciona outras denominações: “direitos essenciais da pessoa”, “direitos subjetivos essenciais”, “direitos à personalidade”,

existentes independentemente do direito positivo, que se limita a reconhecê-los e sancioná-los, conferindo-lhes maior visibilidade e dignidade. Assim, antes mesmo da positivação estatal os direitos da personalidade já seriam passíveis de proteção jurídica. Esse é o entendimento de Carlos Alberto Bittar, que se insere francamente entre os adeptos do Direito Natural. Para ele o direito não se reduz às normas positivas, nem o Estado é o único definidor e identificador dos direitos. O Estado, na verdade, tem por papel "reconhecer os direitos que a consciência popular e o direito natural mostram."[49]

O triunfo do liberalismo e a influência da Escola do Direito Natural – no qual o direito natural desfrutava a primazia sobre o direito positivo – deram impulso à concepção de direitos "inatos", "originários" e "irrenunciáveis" do homem. Cunhou-se a idéia de um direito geral derivado da personalidade humana como *ius in se ipsum,* à feição de um mero poder da vontade individual, "mais reivindicado face ao Estado do que em relações de alteridade com os demais indivíduos".[50]

A idéia de um direito inato, de caráter universal, foi recusada pela Escola Histórica. O Positivismo Jurídico, por seu turno, negou a existência de um direito de personalidade de caráter geral, reconhecendo como direitos (subjetivos) apenas aqueles positivados pelo Estado.[51]

Essa crítica do positivismo jurídico aos direitos inatos ou naturais redundou na consagração legislativa de "direitos especiais da personalidade", com vistas à proteção de bens ou interesses jurídicos de personalidade específicos, como a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a honra.

A idéia de um "direito geral de personalidade" reemergiu a partir da segunda metade do século passado, com o fim da segunda grande guerra. O impacto causado pelas atrocidades

---

"direitos essenciais (ou fundamentais) da pessoa", "direitos personalíssimos" (BITAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da personalidade*, p. 3).

[49] BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 8.

[50] Ver CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo (*O Direito geral de personalidade*. 1995, p. 81).

cometidas no conflito mundial e o crescimento da sociedade de consumo levaram a uma busca pela ampliação da tutela da personalidade humana. A tutela de aspectos particulares da personalidade se mostrou insuficiente para a proteção do homem na sociedade atual. Passaram as constituições e os textos infraconstitucionais de diversos países, então, a admitir a existência de um direito geral de personalidade,[52] sem deixar de enfocar algumas de suas expressões particulares.

Seguindo essa tendência global, a nossa Constituição Federal, como já se viu, estabeleceu no art. 1º, III, como um dos fundamentos da República *a dignidade da pessoa humana*, expressão síntese dos atributos que compõem a pessoa e que apela ao respeito ao indivíduo, enquanto tal, nas diversas e complexas manifestações de sua personalidade.

Além disso, o já mencionado inciso X do art. 5º da Constituição da República faz referência a direitos especiais da personalidade: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Outros dispositivos constitucionais aludem a atributos especiais da personalidade, como o inciso III do art. 5º, segundo o qual "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante"; o inciso XLIX do mesmo artigo, que assegura aos presos o "respeito à integridade física e moral"; os incisos IV e IX, que asseguram a liberdade de manifestação e expressão; o inciso VIII, que assegura a liberdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política. A doutrina já observou que essa indicação é meramente exemplificativa.[53] Como reconhece Carlos Alberto Bittar, o estudo dos direitos da

---

[51] *Idem*.
[52] *Ibidem*, p. 85.
[53] Segundo Caio Mário da Silva Pereira: "Aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente de *numerus clausus*, ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque inscritos na Constituição. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do Direito Norte-Americano, a designação de *construction*"." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 65).

personalidade está eivado de dificuldades[54], principalmente no que se refere à sua extensão ou enumeração[55].

O novo Código Civil dedicou um Capítulo específico (o Capítulo II, artigos 11 a 21) a essa categoria de direitos.

Mais que à lei, cabe à doutrina e à jurisprudência a identificação e definição dos direitos da personalidade, que se encontram em constante expansão. A cada dia um novo aspecto da personalidade humana é destacado e elevado à condição de interesse juridicamente protegido. Por isso, qualquer tentativa de enumeração exaustiva desses direitos estaria fadada ao fracasso.

A impossibilidade de enumerar os diversos atributos da personalidade passíveis de proteção talvez decorra de que a personalidade não constitua, em si, um "direito", mas, como sustenta Pietro Perlingieri, um "valor" (o valor fundamental do ordenamento) que: "está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela."[56]

Todavia, conforme observa Roberto Brebbia[57], a imprecisão reinante acerca dos atributos que integram a personalidade não pode constituir obstáculo ao reconhecimento, hoje, da existência de um conjunto de direitos ou faculdades que, por suas características próprias, se diferenciam claramente dos direitos patrimoniais e devem ser tutelados juridicamente da forma mais ampla possível.

---

[54] BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, p. 1.
[55] Essa dificuldade é remarcada por Capelo de Souza, segundo o qual: "A determinação do conteúdo do bem da personalidade juridicamente relevante é um problema *jurídico-positivo*, cuja solução só pode retirar-se a partir da correcta interpretação, integração e sistematização dos comandos concretos ou dos princípios gerais de cada ordenamento jurídico. Mas é também um problema de *compreensão científico-cultural*, (...) face a complexidade, à dinâmica e à ilimitabilidade da personalidade humana" (CAPELO DE SOUZA, R. V. A. C. de. *Op. cit.*, p. 118).
[56] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, p. 155.
[57] BREBBIA, Roberto H. *Daño moral*, p. 61.

### 2.4.3. Os direitos da personalidade como categoria distinta em relação aos direitos fundamentais

Parte da doutrina vê os direitos da personalidade como forma de defesa do indivíduo frente a outro indivíduo (ou de particular a particular), enquanto os direitos fundamentais atuariam como forma de defesa do indivíduo frente ao Estado. Os primeiros (direitos da personalidade) estariam fundados no direito civil, os últimos (direitos fundamentais), no direito constitucional. Essa é a posição sustentada por Santos Cifuentes, para quem a diferença entre essas duas espécies de direitos não está no conteúdo ou na substância, mas na norma positiva que regula a matéria, nos sujeitos que participam da relação e nas finalidades postas em consideração. Assim, os direitos personalíssimos pertenceriam "à ordem privada, pois estão reconhecidos e proclamados como uma espécie de direitos dotados de proteção civil", enquanto os direitos humanos ou fundamentais constituiriam uma forma de "tutela pública, aspirando a pôr o indivíduo sob a proteção do ordenamento político."[58]

Carlos Alberto Bittar também alude a esse tipo de distinção, que vê os *direitos fundamentais* como "objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado" e os *direitos da personalidade* como "os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens".[59]

Mas o fato de o Estado ser o violador do direito não é, por si só, indicador de que se esteja a tratar de direito fundamental e não de direito da personalidade. Capelo de Souza, analisando o direito geral de personalidade, observa, acertadamente, que as previsões do art. 70 e seguintes do Código Civil português referentes aos direitos da personalidade valem: "nas relações paritárias entre os particulares ou entre os particulares e o Estado destituído do seu *ius imperii* e são tuteladas através de mecanismos coercitivos juscivilísticos, *v. g.*, em matéria

---

[58] CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 225. Observe-se que o autor, em sua obra, emprega ao expressão direitos humanos para aludir não apenas aos direitos de caráter supranacional, mas também àqueles incorporados na constituição de um Estado (ou seja, os direitos fundamentais).

de responsabilidade civil e de providências especiais preventivas ou reparadoras." Já as previsões constitucionais relacionadas com os direitos fundamentais: "pressupõem, em primeira linha, relações juspublicísiticas, de poder, são oponíveis ao próprio Estado, no seu exercício do seu *ius imperii*, embora também produzam efeitos nas relações entre os particulares (...), e têm mecanismos próprios de tutela constitucional".

Para além dessa distinção, Capelo de Souza observa que nem todos os direitos da personalidade correspondem a direitos fundamentais, uma vez que "nos bens da personalidade humana juscivilisticamente tutelados através dos direitos da personalidade podem divisar-se certos elementos, zonas ou manifestações periféricos, não essenciais, aos quais não corresponderão direitos fundamentais."[60] Por outro lado, nem sempre os direitos fundamentais se traduzem em direitos da personalidade, pois "há direitos da personalidade que, por não terem como objecto tutelado directamente a personalidade humana, não se traduzem, ao nível juscivilístico ou nem sequer no plano da garantia juspublicística, em direitos da personalidade."[61]

No mesmo sentido, Canotilho, para quem: "(...) nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade".[62] É o caso do direito de propriedade, de nítido caráter patrimonial, alçado pela nossa Constituição, em seu art. 5º, *caput* e XXII, à condição de direito fundamental.

A ampliação do raio de ação do princípio da dignidade humana tem, cada vez mais, levado os direitos de uma categoria a se incluir na outra. Há, por assim dizer, uma inclinação pela constitucionalização dos direitos da personalidade e, de outro lado, uma vinculação dos direitos fundamentais à esfera personalíssima do indivíduo.[63]

---

[59] BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, p. 22.
[60] CAPELO DE SOUZA, R. V. A. *Op. cit.*, p. 584.
[61] *Ibidem*, p. 585.
[62] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 372.

## 2.5. A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Os juristas dos países integrantes da família romano-germânica tendem a ver o direito como um ordenamento fechado de normas escritas, aplicáveis mediante um processo interpretativo de subsunção do fato à norma (*rectius*, ao texto normativo), como se essa já trouxesse consigo o seu próprio sentido. Há uma considerável dificuldade em aceitar que os princípios, explícitos ou implícitos, também constituem normas jurídicas. A doutrina moderna preconiza a substituição da clássica oposição entre *princípios* e *normas* pela distinção entre *princípios* e *regras*.[64] Ambos, os princípios e as regras, constituem espécies distintas de normas jurídicas, embora com características diferenciadas.[65]

Todavia, o operador do direito ainda manifesta o receio de que, ao aplicar princípios de tamanha abstração e indeterminabilidade como o da dignidade humana, esteja a invadir terreno que supõe pertencente ao poder político.[66] Enquanto as regras trazem a (aparente) sensação de que se pisa em terreno firme e próprio, os princípios, com sua textura aberta, deixam a impressão de que se está a pisar em terreno movediço e alheio. Como resultado, o julgador, freqüentemente, tende a fazer uma interpretação "avalorativa" e mecânica dos textos, descomprometida dos ideais de justiça incorporados na Constituição. Contudo, o julgador não deve supor que, por não exercer um mandato popular, lhe falte legitimidade para, no julgamento de um caso concreto, afastar alguma norma infraconstitucional em prol da aplicação de um princípio constitucional, como o da dignidade humana. A legitimidade decorre não apenas da origem daquele que exerce o poder, mas, principalmente, da forma

---

[63] Ver CAPELO DE SOUZA, R. V. A. *Op. cit.*, p. 585; e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 372.
[64] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 81, *passim*.
[65] Ver, por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 1.086.
[66] Ronald Dworkin, refutando a tese de que o juiz, na ausência de uma regra de direito clara, estabelecida de antemão, exerceria um "poder discricionário", criando novos direitos (*new legal rights*), distingue os *argumentos de princípio* dos *argumentos de política*. Assim preleciona: "Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos." (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 141).

como tal poder é exercido. Assim, desde que a decisão seja proferida com vistas ao atendimento do interesse público e esteja devidamente fundamentada em princípios e valores jurídicos, legitimada estará a conduta do juiz.

É importante salientar que os princípios constituem o *fundamento* ou a *razão de ser* das regras jurídicas, o que, desde logo, salienta a precedência daqueles sobre estas. Os princípios possuem aquilo que Canotilho denomina de natureza normogenética,[67] de fundamentação das regras, que nada mais são do que aplicações ou concreções daqueles.[68]

A doutrina abandonou a antiga concepção que via os princípios constitucionais como simples aspirações morais ou programas políticos, sem força normativa. Uma tal concepção aceitava como fatalidade a idéia, expressa por Ferdinand Lassale, de que as questões constitucionais não são jurídicas, mas de natureza política, razão pela qual há uma constituição real – composta pelos denominados fatores reais e efetivos de poder, imperantes na realidade social – que não corresponde necessariamente à constituição escrita, mera "folha de papel".[69] Essa idéia era a própria negação do Direito Constitucional enquanto ciência jurídica. A Constituição deve resgatar a sua normatividade através de um trabalho de interpretação que, atento aos fatos da vida, consiga concretizar "de forma excelente" os seus princípios.[70] Assim, deve ser repudiada a noção de que os princípios constitucionais constituam simples "limites" à aplicação das normas infraconstitucionais ou meras "diretivas interpretativas" de seus enunciados. Essas funções não são as únicas desempenhadas pelos princípios constitucionais, que são de aplicabilidade *direta* e *imediata*, ou seja, independem da intermediação de norma infraconstitucional. [71]

---

[67] *Ibidem*, p. 1.087.
[68] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, p. 43.
[69] LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*, *passim*.
[70] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 22-23.
[71] Conforme assinalado por Pietro Perlingieri: "Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos –

Dentre os princípios tópicos da interpretação constitucional, Canotilho refere-se ao princípio da *máxima efetividade* ou da *máxima eficiência*, pelo qual: "(...) a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê."[72]

Alexy estabelece como principal ponto distintivo entre as regras e os princípios a circunstância de que estes últimos constituem "*mandados de otimização*", ou seja, normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível.[73] Os princípios ficam limitados apenas por circunstâncias fáticas ou jurídicas, consistentes estas últimas em regras ou princípios opostos ou colidentes, que, em cada caso, deverão ser submetidos a uma ponderação, para que o princípio de maior peso, nas circunstâncias concretas, seja aplicado. Daí a conclusão de que, diferentemente do conflito entre regras, que se soluciona no âmbito da validez,[74] o conflito entre princípios é resolvido na "dimensão do peso", o que significa que os princípios têm pesos distintos em diferentes casos, de modo que deverá preponderar o princípio que, em um dado caso, tiver maior peso.[75]

Para que o princípio da dignidade humana não constitua uma promessa não cumprida e "não se desvaneça como mero apelo ético"[76] é fundamental sua *concretização* judicial, através de um constante e renovado trabalho de interpretação-aplicação, que busque dar ao princípio a máxima efetividade possível. Nessa linha de pensamento, ao julgador cabe atender ao compromisso constitucional de aplicar o princípio da dignidade humana, como mandado de otimização que é, na maior amplitude possível, conferindo-lhe a máxima eficácia ou eficiência, com atenção para as circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso.

---

em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos." (PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional, p. 11).

[72] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 1.149. Observa o constitucionalista português que se trata de princípio invocado, sobretudo, no âmbito dos direitos fundamentais: "no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais" (*ibidem*).

[73] ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 86.

[74] O conflito de regras somente pode ser solucionado com a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras ou a invalidação de uma delas. A determinação da regra a ser invalidada dependerá de uma outra regra, tal como a que establece que a lei posterior revoga a anterior, ou como a que prevê alguma espécie de hierarquia normativa.

[75] *Idem*, p. 89.

## 2.6. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL

No âmbito da responsabilidade civil, com a consagração constitucional e, mais recentemente, no plano infraconstitucional do direito genérico à indenização do dano moral, o princípio da dignidade humana passou a ocupar lugar de destaque. É a ofensa ao princípio da dignidade humana – do qual decorrem as regras do *alterum non laedere* e do *suum cuique tribuere* –[77] que constitui o fundamento da reparabilidade do dano moral.

A dimensão do princípio e a forma mais adequada de protegê-lo são questões ainda em aberto, as quais, pela sua importância, devem ser objeto de reflexão dos juristas e operadores do direito em geral. Cabe, entre outras coisas, determinar o alcance da proteção constitucional à dignidade humana, o que, em se tratando de um conceito fluido como este, nem sempre é tarefa fácil ou isenta de controvérsias. Todavia, algumas premissas fundamentais podem e devem ser estabelecidas.

A primeira delas é a de que toda pessoa, em virtude de sua humana condição, tem direito à indenização do dano moral, não importando se se trata de adulto ou criança, pessoa mentalmente sã ou portadora de deficiência mental, indivíduo consciente ou em estado de inconsciência.[78] Com efeito, as crianças, desde a mais tenra idade, são merecedoras da mesma proteção dispensada aos adultos; as pessoas portadoras de deficiência metal são portadoras dos mesmos direitos existenciais das pessoas sãs; os indivíduos que se encontram em estado

---

[76] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 46.
[77] O *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu) e o *alterum non laedere* (não lesar os outros) constituem, ao lado do *honeste vivere* (viver honestamente), os três preceitos fundamentais do Direito romano, atribuídos a Ulpiano e registrados no Digesto (TOSI, Renzo. *Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas*. São Paulo : Martins Fontes. 1996, p. 515).
[78] Ver, a respeito, ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*, p. 294. Retornar-se-á à questão do dano moral sofrido por pessoas sem consciência no capítulo seguinte.

vegetativo ou comatoso também fazem jus à proteção de sua dignidade, pois a falta de consciência não exclui a sua humanidade inerente.

Outra premissa importante é a de que a violação do princípio da dignidade humana, para o fim de configuração do dano moral, é muito mais do que o ato que afeta o mínimo existencial (vida, saúde, integridade física, habitação, educação). O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes graus[79] e pode, também, ser violado em diferentes níveis. O dano moral envolve esses diversos graus de violação da dignidade humana. Abrange as ofensas em geral ao bem-estar da pessoa, considerada esta em sua dimensão individual ou social.

Além disso, ainda que se reconheça que o princípio da dignidade humana, como os princípios em geral, não tem caráter absoluto,[80] seu afastamento somente se legitima, sob certas circunstâncias, como forma democrática de proteção e defesa do próprio ser humano, individual ou coletivamente considerado,[81] ou quando as circunstâncias concretas apontarem para a preponderância de algum outro princípio, que se revele, em uma dada situação especial, de maior peso.[82]

---

[79] ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 108.

[80] Alexy nega a existência de princípios absolutos, ponderando que uma das características dos princípios é, exatamente, a relatividade, que faz com que um princípio possa preponderar sobre outro, dependendo das circunstâncias concretas. Tomando o princípio da dignidade como exemplo, observa: "A impressão de absolutidade resulta do fato de que existem duas normas de dignidade da pessoa, ou seja, uma regra da dignidade da pessoa e um princípio da dignidade da pessoa, assim como do fato de que existe uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade da pessoa, com um alto grau de certeza, precede a todos os demais princípios." (ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 109).

[81] Como no caso da privação da liberdade de alguém, legitimada quando se trata de autor de crime grave e a privação da liberdade obedece ao devido processo legal. A liberdade constitui, induvidosamente, direito básico do ser humano, que somente pode expressar todo o seu potencial quando livre. Apesar disso, pode esse direito ser suprimido, quando necessário para a segurança da sociedade em seu conjunto ou de qualquer de seus integrantes em particular.

[82] Como ocorreria, *v.g.*, quando estivessem em jogo, de um lado, o direito à imagem ou à privacidade, de um lado, e o direito de informação, de outro. No ensino de Edilsom Pereira de Farias, constituem limites ao direito à própria imagem: a notoriedade; acontecimentos de interesse público ou realizados em público; o interesse científico, didático ou cultural; o interesse da ordem pública (FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*, p. 157). Tratando da questão relativa à publicação dos denominados *private-facts* no direito americano, Luis Gustavo Grandinetti cita vários casos, muitos dos quais foram decididos a favor da liberdade de informação, com base no interesse geral da notícia (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e liberdade de expressão*, p 272).

Assumindo uma postura substancialista,[83] o juiz não pode permanecer impassível, à espera de comandos legislativos que indiquem a melhor forma de proteger a dignidade humana e os direitos da personalidade contra atos de violação. No próprio princípio constitucional da dignidade humana devem ser buscados os mecanismos necessários para a sua mais ampla tutela.

Neste contexto, a indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A idéia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral é justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade em situações especiais, nas quais não há outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade. Além disso, atende a um imperativo ético que deve permear todo o ordenamento jurídico.

A aceitação ou negação da indenização punitiva do dano moral depende da visão que se tenha do Direito e do mundo.[84] Aqueles que enxergam o Direito como um sistema fechado de regras escritas, estabelecidas por um órgão com competência legislativa, certamente estarão mais propensos a negar o caráter punitivo da indenização do dano moral. A ausência de regra que preveja expressamente essa espécie de sanção constituirá um obstáculo irremovível, tanto mais que outras regras apontam para caminho oposto.

A objeção à tese da indenização punitiva pode provir também de juristas que concordam que o Direito é fundado não apenas em regras, mas em valores e princípios constitucionais de textura aberta que informam todo o sistema, sempre sujeito a renovadas

---

[83] Conforme observa Lenio Luiz Streck, citando Luiz Werneck Vianna: "Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, ou seja, como bem lembra Vianna, *mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o judiciário, na tese substancialista, deve assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente*." (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, p. 43).

interpretações. A tradição e a pré-compreensão do Direito e do mundo constituem influência marcante na interpretação jurídica.

A tese da indenização punitiva, como tantas outras construções intelectuais de natureza jurídica, constitui uma escolha que é, a um só tempo, ideológica e racional. Não há que esconder o aspecto ideológico da tese, pois, como assinalado por Gérard Fourez, "a escolha de uma definição científica determinada não será jamais ideologicamente neutra."[85] Com efeito, o discurso jurídico, como qualquer discurso científico, na medida em que depende de juízos de valor (não apenas de juízos descritivos), é sempre ideológico, ainda que de forma inconsciente.[86]

O êxito da tese dependerá, no entanto, de sua coerência e de sua consistência: coerência com os princípios que informam o sistema; consistência com relação aos objetivos que busca alcançar.

Pretende-se aqui demonstrar que a idéia da indenização punitiva é coerente com os princípios que informam o nosso Direito e constitui um mecanismo consistente e apto à consecução dos fins por ele almejados.

---

[84] No que se refere à hermenêutica, cabe atentar para a observação de Gadamer: "Entender e interpretar os textos não é somente um empenho da ciência, já que pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo." (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, p. 31).

[85] FOUREZ, Gérard. *A Construção das ciências. Introdução à filosofia e à ética das ciências*, p. 109.

[86] *Ibidem*, p. 189. Fourez adverte para a necessidade de distinguir dois tipos de véus ideológicos que encobrem os discursos científicos: um, *de primeiro grau*, que qualifica de normal e inevitável, onde se tomou o cuidado de construir bem os seus "conceitos de base e se está consciente das decisões que implica toda prática científica"; outro, *de segundo grau*, que merece ser desmascarado, porque apresenta como evidente o que é discutível (*Op. cit.*, p. 187).

## 3. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DANO MORAL

> "As coisas representam o papel dos homens,
> os homens representam o papel das coisas:
> eis a raiz do mal." (Simone Weil)

### 3.1. OS CONCEITOS DE DANO MORAL

Se a existência do direito à indenização por dano moral é, hoje, inquestionável, o mesmo não se pode dizer quanto ao seu conceito e à sua amplitude ou dimensão. A doutrina ainda não assentou, em bases sólidas, o conceito de dano moral. Em conseqüência, a jurisprudência se mostra vacilante no reconhecimento das situações em que se configura essa espécie de dano.

Superando um conceito que se poderia denominar "negativo" ou "excludente", a doutrina se divide entre os que identificam o dano moral com a "dor", em sentido amplo – ou, em geral, com alguma alteração negativa do estado anímico do indivíduo –, e os que vêem no dano moral a violação de bem, interesse ou direito integrante de determinada categoria jurídica. Passem-se em revista esses conceitos.

#### 3.1.1. Conceito negativo ou excludente

A doutrina comumente define o dano moral sob a forma negativa, em contraposição ao dano material ou patrimonial. Procura-se, desse modo, conceituar o dano moral por exclusão.

Na doutrina francesa, Mazeaud e Tunc indicavam que “o dano moral é ‘o que não afeta de modo algum ao patrimônio e causa tão só uma dor moral à vítima”.[87]

Savatier definia o dano moral como “todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária”.[88]

Na doutrina italiana, Adriano De Cupis recorria a essa conceituação: “O dano não patrimonial não pode ser definido se não em contraposição ao dano patrimonial. Dano não patrimonial, em consonância com o valor negativo de sua expressão literal, é todo dano privado que não pode compreender-se no dano patrimonial, por ter por objeto um *interesse não patrimonial*, ou seja, que guarda relação com um *bem não patrimonial*.”[89]

Na doutrina nacional é freqüente o emprego da conceituação negativa. Segundo Aguiar Dias: “Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral.”[90]

Para Pontes de Miranda: “Dano Patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.”[91]

Wilson Mello da Silva desse modo definia os danos morais: “São lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.”[92]

---

[87] MAZEAUD, Henry y Leon; TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. 1961, p. 424. No original: “(...) *el prejuicio moral es ‘el que no ataña em modo alguno al patrimonio y causa tan sólo um dolor moral’* ”.

[88] SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, t. II, nº 525, p. 92. No original: “*Nous entendons par dommage moral toute souffrance humaine ne résultant pás d’une perte pécuniaire*.”

[89] DE CUPIS, Adriano. *El Daño – Teoria General de la Responsabilidad Civil*, p. 122. No original: “*El daño no patrimonial no pude ser definido más que em contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial, em consonância com el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación a un bien no patrimonial*.”

[90] AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. v. II, p. 852.

[91] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XXVI, p. 30.

[92] MELLO DA SILVA, Wilson. 3ª ed. *O dano moral e a sua reparação*, nº 1.

Agostinho Alvim adotou conceito expresso por Scialoia: "Dano moral ou não patrimonial é o dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio."[93]

Esse modo de conceituar o dano moral nada esclarece a respeito de seu conteúdo e não permite uma precisa compreensão do fenômeno. Define-se essa espécie de dano com uma idéia negativa, algumas vezes acompanhada de uma fórmula redundante, usando expressões que fazem alusão ao aspecto moral do dano, sem verdadeiramente explicá-lo.

Justa, pois, a crítica de Gabriel Stiglitz e Carlos Echevesti à conceituação negativa: "Diz-se que dano moral é o prejuízo que não afeta de modo algum o patrimônio e causa tão-somente uma dor moral à vítima. Esta é uma idéia negativa (ao referir por exclusão que os danos morais são os que não podem considerar-se patrimoniais) e tautológica, pois ao afirmar que dano moral é o que causa tão-somente uma dor moral, repete a idéia com uma troca de palavras." [94]

### 3.1.2 Dano moral como dor ou alteração negativa do estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa

Buscando adentrar o próprio conteúdo do dano moral, parte da doutrina apresenta definições que têm, em comum, a referência ao estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa. Identifica-se, assim, o dano moral com a dor, em seu sentido mais amplo, englobando

---

[93] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, nº 157, p. 195.
[94] STIGLITZ, Gabriel A.; ECHEVESTI. Carlos A. *Responsabilidad civil*, p. 237. No original: "*Se há dicho que daño moral es el perjuicio que no atañe en modo alguno al patrimonio y causa tan solo un dolor moral a la víctima. Esta es una idea negativa (al referir por exclusión que los daños morales son los que no pueden considerarse patrimoniales) y tautológica pues al afirmar que daño moral es el que causa tan sólo un dolor moral, repite la idea con un cambio de palabras.*"

não apenas a dor física, mas também os sentimentos negativos, como a tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação. É a dor moral ou o sofrimento do indivíduo.

Segundo Jorge Bustamante Alsina: "Podemos definir, então, o dano moral como a lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietude espiritual ou agravo às afeições legítimas e, em geral, toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária."[95]

Aguiar Dias, reproduzindo lição de Minozzi, observa que para caracterizar o dano moral impõe-se compreendê-lo em seu conteúdo, que "não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado."[96]

Silvio Rodrigues refere-se ao dano moral como "a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem."[97]

Antonio Chaves, tratando do dano moral, afirma que: "Seu elemento característico é a dor, tomado o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, como os morais propriamente ditos." Assim sendo, apresenta a seguinte definição: "Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física – dor-sensação, como a denomina Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material."[98]

---

[95] ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 1993, p. 237. No original: "*Podemos definir entonces el daño moral como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos insuscetibles de apreciación pecuniaria.*"
[96] AGUIAR DIAS, José de. *Op. cit.*, p. 852.
[97] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade civil*. v. 4, p. 206.
[98] CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*. v. III, p. 607.

Para Carlos Alberto Bittar, os danos morais "se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado."[99]

Antonio Jeová Santos, mais explícito, entende que: "A existência do dano moral exige a alteração no bem-estar psicofísico. Modificação capaz de gerar angústia, menoscabo espiritual, perturbação anímica e algum detrimento que não tem ênfase no patrimônio."[100]

Todas essas definições trazem em comum a identificação do dano moral com alterações negativas no estado anímico, psicológico ou espiritual do lesado. Para essa corrente doutrinária, portanto, não há dano moral sem dor, padecimento ou sofrimento (físico ou moral).

Tais estados psicológicos, porém, constituem não o *dano* em si, mas sua *conseqüência* ou *repercussão*. Confunde-se o dano com o resultado por ele provocado. Dano moral e dor (física ou moral) são vistos como um só fenômeno. Mas o dano (fato logicamente antecedente) não deve ser confundido com a impressão que ele causa na mente ou na alma da vítima (fato logicamente subseqüente).

O equívoco dessa conceituação é percebido com a constatação de que as perdas patrimoniais também podem provocar padecimento ou sofrimento. O devedor que deixa de pagar a sua dívida pode, com isso, trazer angústia e preocupação ao credor, que contava com a quantia que lhe era devida. O empreiteiro que não entrega a obra no prazo pode provocar grande irritação ao contratante do serviço. O condômino que litiga com o condomínio ou com o vizinho em razão de infiltrações existentes em seu imóvel passa por grandes constrangimentos e aborrecimentos. Em nenhum desses casos, no entanto, é possível vislumbrar, *a priori*, a existência de um dano moral. Pelo menos não de acordo com o senso médio.

---

[99] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 1994, p. 31.
[100] SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 99.

Roberto Brebbia, com propriedade, já assinalara que mesmo uma ofensa a um direito patrimonial pode ocasionar no titular do direito ofendido uma comoção ou perturbação psíquica: um atentado contra o direito de propriedade pode trazer como conseqüência, a par da lesão patrimonial, uma dor moral produzida pelo desprezo alheio ao seu direito[101].

Ihering, lembrado por Brebbia, observava, há mais de um século, que a dor moral provocada pela ofensa ao direito subjetivo em geral era o que comumente impulsionava o indivíduo ofendido em seu direito a lutar contra a injustiça. Em sua clássica obra *A Luta pelo direito*, Ihering, fazendo referência à dor causada pela lesão ao direito subjetivo, pontificava que: "Quem nunca sentiu essa dor, em si mesmo ou em outrem, ainda não compreendeu o que é o direito, mesmo que saiba de cor todo o Corpus Juris."[102]

As dores, angústias, aflições, humilhações e padecimentos que atingem a vítima de um evento danoso não constituem mais do que a conseqüência ou repercussão do dano (seja ele moral ou material). A dor sentida em razão da morte do cônjuge, a humilhação experimentada por quem foi atingido em sua honra, a vergonha daquele que ficou marcado por um dano estético, a tensão ou a violência experimentados por quem tenha sido vítima de um ataque à sua vida privada são, como observa Eduardo Zannoni, "estados de espírito de algum modo contingentes e variáveis em cada caso e que cada qual sente ou experimenta a seu modo."[103]

---

[101] BREBBIA, Roberto H. *El Daño moral*, p. 94.
[102] IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. 1987, p. 58.
[103] ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 1993, p. 290. Conclui Zannoni que: "O que define o dano moral não é a dor em si, nem são os padecimentos. Esses serão ressarcíveis à condição de que sejam provocados pela lesão a uma faculdade de atuar que impede ou frustra a satisfação ou gozo de *interesses não patrimoniais reconhecidos à vítima do evento danoso pelo ordenamento jurídico*. E estes, é prudente reiterá-lo, podem estar vinculados tanto a direitos patrimoniais como a direitos extrapatrimoniais." No original: "*Lo que define al daño moral no es, en si, el dolor o los padecimientos. Ellos serán ressarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar que inpide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses, es prudente reiterarlo, pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.*"

### 3.1.3. Dano moral como lesão a determinada categoria de direitos: os direitos da personalidade

As mudanças no estado de alma do lesado, decorrentes do dano moral, não constituem, pois, o próprio *dano*, mas *efeitos* ou *resultados* do dano. Esses efeitos ou resultados seriam decorrência[104] do dano moral, que lhes é antecedente.[105]

O dano moral, dentro dessa concepção, é caracterizado pela ofensa a uma dada categoria de interesses ou direitos – os quais, comumente, provocam conseqüências, efeitos ou resultados que parte da doutrina confunde com o próprio dano.

Brebbia observa que: "De todas as classificações que se formulam a respeito dos danos reconhecidos pelo Direito, é, sem deixar lugar à menor dúvida, a mais importante, a distinção que se efetua tendo em conta à natureza do direito violado, ou, o que é a mesma coisa, do bem jurídico menoscabado."[106]

Válido, portanto, concluir que o dano moral está relacionado à violação de uma classe especial de direitos, fundamentais para o homem: os *direitos da personalidade* ou *personalíssimos*, já examinados anteriormente.

A noção de dano moral como lesão a direito da personalidade é difundida por grande parte da doutrina. Para o Professor Sergio Cavalieri Filho, "o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima."[107]

No ensino de Carlos Alberto Bittar: "Qualificam-se como morais os danos em razão

---

[104] Não necessária, como se verá adiante.

[105] Apenas do ponto de vista lógico, mas não necessariamente cronológico, já que, em muitas situações, como se verá adiante, pode o dano moral surgir com a própria alteração do estado anímico do ofendido.

[106] BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, nº 21, p. 67. No original: "*De todas las clasificaciones que se formulan de los daños reconocidos por el Derecho, es, sin dejar lugar a la menor duda, la más importante, la distinción que se efectúa teniendo en cuenta la naturaleza del derecho subjetivo violado, o, lo que es lo mismo, del bien jurídico menoscabado.*"

[107] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 74.

da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).”[108]

Yussef Said Cahali, citando lição de Dalmartello, pondera que: “Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, ‘como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos’ .”[109]

Antonio Jeová Santos observa que: “Num sistema que coloca o homem como epicentro do Direito, o reconhecimento do dano moral, como entidade passível de gerar indenização, é o coroar do reconhecimento dos direitos da personalidade.”[110]

Brebbia, coerente com toda a sua argumentação, considera morais ou extrapatrimoniais “aqueles danos produzidos à raiz da violação de algum dos direitos da personalidade.”[111]

Grande parte da dificuldade na aceitação da indenizabilidade da ofensa aos bens da personalidade independentemente da repercussão que essa ofensa produza no estado psicológico ou no espírito da pessoa reside na própria denominação dada a essa espécie de dano. O vocábulo “moral” remete aos domínios do espírito humano, o que sugere que o dano moral seja aquele que invade e afeta esses domínios.

Mais adequada, talvez, fosse a denominação de *dano à pessoa*, para assinalar a idéia

---

[108] BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 41.
[109] CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, p. 20.
[110] SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 57.
[111] BREBBIA, Roberto H. *Op. cit*., p. 76. No original: “(...) *aquellos daños producidos a raíz de la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad*.”

de ofensa a algum dos atributos da personalidade. Nos países do *common law* é corrente a distinção entre *dano à pessoa* (*personal tort*) – abrangendo os danos em geral à pessoa, à sua reputação, aos seus sentimentos – e *dano à propriedade* (*property tort*) – envolvendo danos à propriedade e ao patrimônio material em geral. Mas essa denominação certamente também não estaria livre de críticas, porque, do ponto de vista semântico, a expressão *dano à pessoa* não é excludente dos danos patrimoniais indiretos decorrentes da lesão sofrida pela pessoa. A doutrina italiana, aliás, vê no dano à pessoa um *tertium genus*, mais amplo que o dano moral (em sua concepção de dor) e o dano patrimonial, porque engloba aspectos de ambos, sem com eles se confundir.[112]

A denominação *dano extrapatrimonial* também peca por imprecisão, porque remete ao conceito negativo do dano (não patrimonial), sem aludir à essência do fenômeno.

Já se enraizou em nossa tradição a expressão *dano moral*, que é a empregada pela nossa Constituição e por diversos diplomas legais (em especial pelo Código Civil). É, também, expressão disseminada nos países de tradição romano-germânica. Na França, *dommage moral* ou *préjudice moral*; na Espanha, *daño moral*; na Itália, *danno morale*. O fundamental é que o rótulo não provoque engano quanto ao produto.

#### 3.1.3.1. Crítica: A apontada distinção entre *atividade lesiva* e *dano moral*

Em oposição à tese de que o dano moral reside na ofensa a direito da personalidade, argumenta-se que o fundamental na definição do conceito é, exatamente, a impressão causada pelo ato lesivo no espírito da vítima, porque o dano é, conceitualmente, efeito de algum

---

[112] "O dano à pessoa (entendido em sentido amplo) é uma noção que contempla todo o conjunto de danos, patrimoniais ou não, que um sujeito sofre em conseqüência de um ato ilícito". (*Il danno alla persona: evoluzione e disciplina. In* http://www.giustizia-italiana.it/articoli/dannobiologico.htm#quattro). *No original: "Il danno alla persona (inteso in senso ampio) è una nozione che contempla tutto l'insieme dei danni, patrimoniali e non, che un soggetto subisce in conseguenza di un evento illecito.*"

acontecimento, ou seja, é o efeito produzido pelo ato danoso ou lesivo. Por esse ângulo, nenhuma importância teria a natureza ou a índole dos direitos lesionados para a determinação da espécie de dano. O dano moral, assim, residiria justamente na impressão psíquica decorrente da ofensa.

Esse entendimento foi manifestado de forma expressa por Aguiar Dias: "A distinção [entre o dano patrimonial e o dano moral], ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em conseqüência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material."[113] Em outra passagem de sua obra, Aguiar Dias assinala, enfaticamente, essa idéia: "Ora, o dano, já o dissemos, é uno, e não se discrimina em patrimonial e extrapatrimonial em atenção à origem, mas aos efeitos."[114]

Para distinguir o dano moral do material haveria, pois, que verificar os efeitos ou conseqüências do ato lesivo: se este vem a causar uma diminuição no patrimônio, configura-se o dano patrimonial ou material, nada importando a natureza do direito lesionado; se, por outro lado, o ato lesivo nenhum efeito tem sobre o patrimônio, mas causa sofrimento, atingindo a pessoa em seus interesses morais tutelados por lei, o dano é moral ou imaterial.[115]

De acordo com essa tese, haveria que distinguir a *lesão* (ou *atividade lesiva*) do *dano* propriamente dito. Este último (o dano) é o resultado provocado por aquela (a lesão ou atividade lesiva).[116] Tanto em relação ao dano material como em relação ao dano moral, o que

---

[113] AGUIAR DIAS, José de. *Op. cit.*, p. 852.
[114] *Ibidem*, p. 865.
[115] É o pensar de Alfredo Orgaz (*El daño ressarcible. Actos ilícitos*. 1952, p. 223).
[116] Aguiar Dias assinala a distinção entre *dano* e *lesão*, inclusive no que respeita ao dano moral: "Dano moral, digamos, talvez escusadamente, mais uma vez, é a reação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão." (*op. cit.*, p. 865). Mais à frente, reafirma seu ponto de vista: "Entendemos que o fato de se apresentarem, na mesma lesão, o dano moral e o dano material não cria categoria nova de dano, isto é, um dano misto. Aqui se mostra que a distinção entre lesão e dano, que parece escusada, não deixa de apresentar serventia: a lesão tem, não há dúvida, duplo caráter, e não há senão admiti-la como terceira espécie, ao lado das lesões patrimoniais e morais. Mas o dano pode ser patrimonial ou moral." (*ibidem*, nota 1.330).

seria indenizável é o *dano* (*resultado danoso*), não a *lesão* (*atividade lesiva*) do responsável.[117]

Por esse ponto de vista, o dano moral não consistiria, por exemplo, na ofensa à honra em si (essa seria a atividade lesiva ou danosa), mas na impressão que essa ofensa tenha causado no espírito do ofendido (resultado da atividade lesiva).

A falha da argumentação se encontra exatamente na analogia (de todo imperfeita) que se pretende fazer entre o dano moral e o dano patrimonial. A diversidade de natureza dos bens atingidos impossibilita a aproximação das duas espécies de dano.

A associação do dano moral à dor, ao sofrimento ou a outros sentimentos negativos decorre da concepção usual de que o dano se identifica, sempre, com alguma alteração naturalística (ainda que no plano psicológico) provocada por algum comportamento ou acontecimento.

Induvidosamente, concorre para essa noção o sentido vulgar do vocábulo dano. Os léxicos indicam como sinônimos ou termos correlatos: prejuízo, ruína, estrago, avaria, prejuízo, amassado, fratura, machucado, arranhão, perda de qualidade, deterioração, perda, diminuição.[118]

Para o direito, no entanto, o significado vulgar de dano não engloba todas as manifestações possíveis do dano moral. Na verdade, a associação do dano a algum acontecimento natural (físico ou psicológico) é apropriada para a identificação de uma espécie de dano, qual seja, o *dano material* ou *patrimonial*, que, em sentido estrito[119], corresponde a um *estrago* ou *avaria*, a uma *diminuição* ou *perda*. Essa associação mostra-se inadequada, porém, para explicar o dano moral.

---

[117] Eduardo Zannoni confere destaque à polêmica, refutando a distinção (*op. cit.*, p. 291).
[118] Cf. a definição do vocábulo no *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. 2001. Editora Objetiva.
[119] Em sentido amplo, os danos materiais englobam não apenas aquilo que o ofendido efetivamente perdeu, mas, também, de acordo com o art. 402 do novo Código Civil, "o que razoavelmente deixou de lucrar".

Rechaçando a distinção entre atividade lesiva e dano moral, Zannoni, com agudeza, argumenta que os bens patrimoniais, as coisas, os direitos de crédito, são "meios" econômicos de que se serve o homem para satisfazer seus interesses; por outro lado, os bens extrapatrimoniais ou direitos da personalidade são "fins" em si mesmos. Decorre dessa diferença que se pode conceber um homem mais rico ou com mais fortuna econômica que outro, mas não é possível conceber um homem com mais direito à "integridade pessoal", ou com mais "honra", mais "vida", mais "imagem" do que outro.[120]

Os bens patrimoniais podem ser quantificados, por constituírem *meios* para a satisfação humana. Podem, então, ser medidos ou avaliados, para que se constate de que *meios* foi a vítima privada, a fim de que se recomponha a perda. Já os bens extrapatrimoniais, em seu conjunto, são *fins* em si mesmo, porque expressões do próprio homem. Não podem ser quantificados em "mais" ou "menos". Por essa razão, uma vez atingido o bem extrapatrimonial, consumado estará o dano,[121] independentemente de qualquer impressão psíquica ou dor espiritual.

## 3. 2. A APTIDÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PARA GERAR VANTAGEM ECONÔMICA

A violação dos bens ou direitos da personalidade também pode provocar dano material, como, aliás, é reconhecido nos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, os quais aludem não só a dano moral, mas também ao dano material decorrente de ofensa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

De fato, não é raro, *v. g.*, que a ofensa à honra, à imagem ou à intimidade venha a ocasionar um prejuízo econômico à vítima. Imagine-se a hipótese da artista que deixa de

---

[120] ZANNONI, Eduardo A. (*op. cit.*, p. 292).
[121] *Ibidem*, p. 293.

celebrar contrato de publicidade de determinado produto infantil em razão de publicação em jornal sensacionalista de fotografia sua, sem roupas, no recinto de sua casa, tirada clandestinamente por terceiro, com teleobjetiva. A par do dano moral, consistente no ataque à sua intimidade, a vítima também teria sofrido prejuízo econômico.

Ante essa possibilidade, pode-se argumentar que a natureza dos bens jurídicos violados – a intimidade e a imagem (bens integrantes da personalidade) – não seria hábil para identificar o dano como moral.

A um tal argumento se responderia que os bens ou direitos personalíssimos, embora não sejam alienáveis ou estimáveis pecuniariamente, podem ter um valor econômico, na medida em que venham a constituir instrumento gerador de lucro ou vantagem econômica para seu titular. Isso não significa que tais bens integrem, por natureza, o patrimônio econômico ou material da pessoa, ou possam ser reduzidos à categoria de bens ou direitos patrimoniais.

Não desnatura o bem personalíssimo a sua aptidão para gerar vantagem econômica. Assim, a imagem, que é integrante da personalidade, pode ser usada com fins econômicos por seu titular, como o faz um artista ou modelo; o nome pode ser fonte de lucro para a pessoa; a integridade física pode ser indispensável para o exercício da profissão, como no caso do pianista, que depende das mãos, ou do jogador de futebol, que depende das pernas.

Pode-se, pois, afirmar que o dano patrimonial pode ou não *decorrer* (ser conseqüência) da ofensa a um bem personalíssimo, enquanto que o dano moral sempre *consistirá* na própria ofensa a um bem dessa natureza.

### 3.3. A CUMULABILIDADE DOS DANOS MORAL E MATERIAL

A constatação de que os bens personalíssimos são aptos a gerar vantagem econômica desfez a antiga polêmica acerca da cumulabilidade dos danos moral e material decorrentes do mesmo fato.

A ofensa à honra, *v.g.*, a par do dano moral, pode abalar a reputação da vítima e causar a sua ruína financeira.

A ofensa à integridade física pode, a um só tempo, causar dano moral e patrimonial, este último consistente nas despesas de tratamento e na eventual incapacidade laborativa da vítima.

A morte do pai de família, além do dano moral decorrente do desaparecimento do ente querido, pode trazer, para o companheiro sobrevivente e para os filhos, dano material, consistente na perda do sustento ou amparo econômico.

A cumulabilidade do dano moral com o material decorrentes do mesmo fato é reconhecida pacificamente pela jurisprudência do STJ, que editou a Súmula 37: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato."

Contudo, no exame dos casos de ofensa a bens da personalidade, há que ter cuidado quanto à real ocorrência de dano material. A jurisprudência de nossos tribunais, em casos de morte de filho menor que não exercia atividade remunerada tem reconhecido o direito dos pais à indenização por dano material. O Supremo Tribunal Federal, a respeito, editou a Súmula 491: "É indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado." A construção jurisprudencial partiu da consideração de que a morte do filho causava uma frustração de expectativa de ganhos futuros por parte de seus

pais.[122] Mas, se essa expectativa é admissível em se tratando de família economicamente modesta ou de baixa renda, o mesmo não se pode dizer em caso de família abastada, de grande poder aquisitivo, em relação à qual não é presumível que o filho menor viesse a constituir força de trabalho em prol do grupo familiar. Nessa última situação, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, não há direito a indenização por dano patrimonial, "em face da absoluta ausência de expectativas futuras" de que o filho viesse a prestar ajuda econômica a seus pais.[123] Os lucros cessantes, inseridos no conceito amplo de perdas e danos, abrangem apenas aquilo que razoavelmente a vítima deixou de lucrar.[124]

### 3.4. O DANO ESTÉTICO. SUA CUMULAÇÃO COM O DANO MORAL E COM O DANO MATERIAL

Cumulação com o dano material: Para aqueles que identificam o dano moral com a dor psíquica, o dano estético apresentaria uma natureza híbrida: conforme a sua repercussão, integraria o dano patrimonial ou o dano moral. É o entendimento de Aguiar Dias, para quem o dano estético tem duplo aspecto e deve ser indenizado como dano patrimonial ou moral de acordo com o resultado da ofensa.[125]

---

[122] Sergio Cavalieri Filho entende que a construção jurisprudencial constituiu, em sua origem, forma de indenizar os pais pela morte do filho sem precisar recorrer à noção de dano moral, controvertida na época: "A toda evidência, essa posição adotada pela jurisprudência era inteiramente insustentável a título de dano patrimonial. Falar em valor econômico potencial, dano patrimonial indireto, expectativa de alimentos, e outras alegações semelhantes, para justificar um eventual dano patrimonial, é, *data venia*, sofisma, um verdadeiro exercício de futurologia, sem qualquer amparo jurídico. Na realidade o que se estava indenizando era o dano moral, isto é, a dor e o sofrimento dos pais pela morte do filho menor, muito embora com o nome ou sob o título de dano material." (*op. cit.*, p. 87). A jurisprudência dominante, todavia, continua a dar aplicação à Súmula 491, com as ressalvas indicadas adiante.

[123] STF. RE 115.766-6-SP. 2ª Turma. Rel. Aldir Passarinho. Julgado em 5.3.1991. V. STOCCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial.* 1995, p. 544.

[124] O art. 402 do Código Civil estabelece que: "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

[125] Observa Aguiar Dias que a alteração do aspecto estético pode diminuir as probabilidades de colocação ou de exercício da atividade a que se dedica. "Deve ser indenizado, pois, como dano patrimonial, o resultado prejudicial da ofensa ao aspecto estático, sempre que se traduza em repercussão de ordem material, porque a lesão a sentimento ou a dor psíquica, com repercussões patrimoniais, traduzem dano patrimonial." (*op. cit.*, p. 868). Constituiria dano moral, porém, no que respeita à "penosa sensação da ofensa, na humilhação perante

Assimilado, no entanto, o conceito de dano moral como *ofensa a direito da personalidade* – como aqui sustentado –, nenhuma dúvida subsiste quanto à inserção do dano estético, em si mesmo considerado, no âmbito do dano moral, porque atinge direito da personalidade dos mais estimados, qual seja, o direito à integridade física.[126]

A circunstância de o dano estético (que dano moral é) vir a causar, indiretamente, prejuízo patrimonial à vítima não transmuda sua natureza. Como já se viu, os bens personalíssimos são aptos a gerar vantagem econômica, de modo que a lesão a algum desses bens, a par de *constituir* dano moral, pode *gerar* dano patrimonial.

Nenhuma dificuldade há, portanto, em aceitar, na esteira da Súmula 37 do STJ, a cumulação da indenização pelo dano estético, em si considerado, com a indenização pelo dano patrimonial indireto que eventualmente decorra dessa ofensa. É o que se dá, por exemplo, com o modelo fotográfico que, em razão de acentuada cicatriz no rosto, deixa de ser contratado para novos trabalhos.[127]

Cumulação com o dano moral: Questão ainda polêmica, na doutrina e na jurisprudência, é a respeitante à cumulação de indenizações por dano estético e por dano moral em decorrência do mesmo fato. Partindo do pressuposto de que a lesão estética se identifica com o dano moral, a jurisprudência, de início, negou a duplicidade de indenizações, por entender que haveria aí um *bis in idem*.[128]

Essa tendência, todavia, modificou-se, em razão da jurisprudência que veio a se formar no Superior Tribunal de Justiça. O entendimento atualmente dominante naquela Corte

---

terceiros, na dor sofrida, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano" (*ibidem*).

[126] Segundo Teresa Ancona Lopez de Magalhães: "o dano estético é lesão a um direito da personalidade – o direito à integridade física, especialmente na aparência externa." (*O dano estético*, p. 28).

[127] Conforme preleciona Zannoni: "A lesão estética pode ou não constituir um dano patrimonial. O constituirá se repercute no futuro, sobre as possibilidades econômicas da vítima, ou seja, se inflige um dano consistente na impossibilidade de continuar desenvolvendo sua atividade produtiva (...). Mas não constituirá dano patrimonial quando não provoque um prejuízo suscetível de apreciação pecuniária. Sem embargo, neste último caso, é indenizável o dano direto ao interesse não patrimonial que encerra a lesão estética." (*op. cit.*, p. 160).

[128] Ver jurisprudência colacionada por CAHALI, Yussef Said (*Dano moral*, p. 242).

Superior pode ser representado pelo seguinte aresto:

> Nos termos em que veio a orientar-se a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal, as indenizações pelos *danos moral* e *estético* podem ser cumuladas, mesmo quando derivadas do mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado.[129]

O acórdão, como se extrai de sua fundamentação, argumentou que o dano estético dá causa a uma indenização especial, prevista no art. 1.538, § 1º, do Código Civil anteriormente vigente[130] – que previa a duplicação da indenização quando da ofensa à integridade física resultasse "aleijão ou deformidade". Ponderou que: "o dano moral pode existir sem o dano estético, ou seja, sem a deformidade ou o aleijão, o que evidencia a necessidade de ser considerado esse dano como algo distinto daquele."

A idéia que perpassa o aresto do STJ é o de que o dano estético, conquanto inserido na categoria de dano moral, constitui uma manifestação particular deste, que deve ser considerada separadamente. Assume-se que o dano estético possa constituir um *plus* de sofrimento à vítima, que já faria jus à indenização pelo só fato da ofensa à sua integridade física, independentemente da deformação causada pela lesão.

O que é criticável nesse entendimento é apenas a sua base teórica. Persevera a jurisprudência na noção, aqui combatida, de que o dano moral se identifica com a dor espiritual ou com o sofrimento. O dano moral – insista-se – é a própria ofensa ao direito integrante da personalidade, ou seja, é a própria lesão à integridade física da vítima. O sofrimento, o padecimento, a dor e outros sentimentos negativos constituem a repercussão

---

[129] RESP 228244/SP, publicado no DJ de 17.12.1999, relatado pelo Min. Salvio de Figueiredo Teixeira. No mesmo sentido: RESP 210351/RJ, RESP 193880/DF e RESP 249728/RJ.

[130] Dispunha o *caput* do dispositivo: "Art. 1.538: - No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente." Seu parágrafo primeiro estabelecia: "§ 1º - Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade."

desse dano. Assim, não há que falar no dano estético como um dano distinto do moral. Há um só dano, de natureza moral.

A despeito disso, é mais do que razoável – é imperativo de justiça – que, ofendida a integridade física da pessoa, *na avaliação* do dano moral seja considerada toda a repercussão do dano: sua gravidade e extensão, sua maior ou menor duração. Embora único, o dano moral consistente em lesão à integridade física da vítima repercute de forma complexa e variável no estado físico e anímico do indivíduo. Desse modo, o valor da indenização, tanto quanto possível, deve variar na mesma proporção do dano. Ao julgador cabe sopesar todos os aspectos da lesão física, considerar todas as dores presumíveis, examinar cada dificuldade para a vida de relação da vítima, para, então, fixar a indenização – que é única, por ser único o dano moral.

Mas, de certa forma, o estabelecimento em separado de valor de indenização por dano estético pode ser considerado positivo, na medida em que confere transparência à operação intelectual realizada pelo julgador na fixação da indenização, deixando evidenciado o valor atribuído a esse aspecto do dano moral que é a lesão estética. No final das contas, os valores considerados separadamente deverão ser somados para constituir o produto (único) da indenização pelo dano moral (único).

Dinheiro é bem fungível por excelência, de modo que a fixação de quantias indenizatórias separadas para diferentes aspectos do dano moral constitui, tão-somente, questão de metodologia.

Não se vislumbra, aqui, o perigo apontado por Antonio Jeová Santos em relação à interpretação que vem sendo dada pelo Superior tribunal de Justiça. Argumenta o autor que a indenização em separado do dano estético: “(...) abre o precedente de alguém pretender receber, de forma cumulada, indenizações pelo *dano moral*, pelo dano estético, pelo dano às afeições legítimas, pelo dano à vida de relação, pela lesão psicológica, pelo dano decorrente

da perda da serenidade familiar, pela lesão que decorre da intimidade ou da vulneração à identidade pessoal e, assim, numa infinidade de indenizações que a mente criativa dos profissionais do foro seja capaz de criar."[131]

A jurisprudência em geral tem refreado o ímpeto criativo dos profissionais do foro. A experiência tem demonstrado que os julgadores, ao avaliarem separadamente o dano estético e o dano moral, como entidades ou categorias distintas, não deixam de levar em consideração a soma total desses dois valores, que é ajustada para se chegar a uma importância que mantenha proporcionalidade com o resultado danoso.

## 3.5. DESNECESSIDADE DE ALTERAÇÕES PSICOLÓGICAS OU PERTURBAÇÕES DO ESPÍRITO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL

Aceita a proposição de que o dano moral tem como pressuposto a ofensa ou violação a algum direito da personalidade, impõe-se examinar a possibilidade de o dano moral se configurar em casos nos quais a pessoa não sofre transtorno psicológico ou espiritual. A análise de situações particulares evidencia que, se é verdade que nem todo mal-estar configura dano moral,[132] é igualmente verdade que nem todo dano moral causa mal-estar.

A necessária associação do dano moral a sensações de dor ou sofrimento, ou a sentimentos tais como tristeza, mágoa, vexame, vergonha, deixa a descoberto várias possíveis lesões de direitos da personalidade, as quais podem não gerar processos psicológicos dessa natureza. Mas nem por isso tais lesões devem ser toleradas ou ficar isentas de sanção.

---

[131] SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 373.

[132] Cf. Sergio Cavalieri Filho: "Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se Assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos." (*op. cit.*, p. 78). Semelhante advertência é feita por Antonio Jeová Santos: "O que se quer afirmar é que existe um mínimo de incômodos, inconvenientes e desgostos que, pelo dever de convivência social, sobretudo nas grandes cidades,

### 3.5.1. Doentes mentais e pessoas em estado comatoso

Os doentes mentais ou as pessoas em estado comatoso ou vegetativo, embora nem sempre sujeitos a manifestações psíquicas ou sensoriais negativas diante da ofensa a algum direito de sua personalidade, também fazem jus à indenização por dano moral.

Formule-se a indagação: A eventual falta de percepção dos acontecimentos no mundo sensível despiria essa pessoa do direito de ser indenizada, por exemplo, em caso, de violação de sua integridade física? A resposta negativa se impõe. O estado comatoso e a alienação mental podem excluir a possibilidade da ocorrência de ofensas a direitos *psíquicos* da personalidade da pessoa, mas não afasta a possibilidade de lesão a direitos da personalidade *físicos* e a certos direitos *morais*.[133]

Imagine-se o uso indevido, degradante ou ofensivo do nome ou da imagem de pessoa impossibilitada física ou mentalmente de compreender o fato ocorrido ou suas conseqüências, e que, portanto, não pudesse apresentar alteração negativa em seu espírito ou no seu estado anímico. Seria razoável o entendimento de que essa pessoa, vítima de uma lesão a um direito de sua personalidade, não tem direito à indenização por dano imaterial? Isso equivaleria a negar o próprio direito da personalidade, ou, ao menos, esvaziá-lo sensivelmente. Uma pessoa desprovida de consciência ou compreensão é tão digna de consideração e respeito à sua dignidade quanto uma pessoa lúcida e consciente. A mesma *dignidade vital* – na feliz

---

em que os problemas fazem com que todos estejam mal-humorados, há um dever geral de suportá-los.” (*op. cit.*, p. 118).

[133] Na classificação adotada por Carlos Alberto Bittar (*Os direitos da personalidade*, p. 64-65). Segundo o autor, incluem-se entre os direitos *físicos* o direito: à vida, à integridade física (higidez corpórea), ao corpo, a partes do corpo, à imagem e à voz; entre os *psíquicos*, inserem-se os direitos: à liberdade de pensamento e expressão, à intimidade, à integridade psíquica, ao segredo; entre os de cunho *moral*, encontram-se os direitos: à identidade, à honra (objetiva e subjetiva), ao decoro, às criações intelectuais (*idem*, p. 65).

expressão de Capelo de Souza – é inerente a todos os seres humanos, independentemente de suas deformações e insuficiências.[134]

O que qualifica o dano moral, como ressaltado por Zannoni, é a atividade lesiva ou danosa enquanto tal, ou seja, o só ataque a interesse não patrimonial da vítima, "sem que para definir sua existência deva requerer-se que ela o compreenda ou perceba."[135]

### 3.5.2. Crianças

Ninguém há de negar às crianças, mesmo às de tenra idade, a titularidade de direitos tais como a dignidade e a incolumidade física, inerentes que são ao ser humano. Todavia, nem sempre a lesão a algum desses direitos será apto a provocar dor, mal estar ou qualquer alteração na psique do infante. Não obstante, configurado estará o dano imaterial.

Figure-se a situação, lamentavelmente mais comum do que se imagina, de criança de tenra idade, talvez um bebê, vítima de crime sexual. Ainda que o infante não tenha sentido dor física, nem sofrido emocionalmente, por não ter maturidade intelectual para tanto, configurado estará o dano imaterial. Inegável será o seu direito de obter indenização contra o ofensor.

### 3.5.3. Nascituro

Estabelece o art. 2º do Código Civil que: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."

Ante o reconhecimento legal dos direitos do nascituro não há como negar a possibilidade de, com o seu nascimento com vida, vir ele a pleitear indenização por

---

[134] CAPELO DE SOUZA, R. V. A. *Op. cit.*, p. 205.
[135] Ver ZANNONI, Eduardo A. *Op. cit.*, p. 294.

deformações ou problemas físicos permanentes resultantes, por exemplo, de mau acompanhamento médico, falta de exames ou prescrição errada de medicamento em exame pré-natal.[136] A falta de consciência do problema por parte do nascituro não exclui essa possibilidade.

Tanto para o nascituro quanto para as crianças de tenra idade, configurará dano moral indireto a perda do pai.[137]

Rabindranath Capelo de Souza, digressionando sobre a personalidade humana pré-natal, sustenta que: "A tutela da personalidade do concebido abrange inclusivamente a sua personalidade moral, devendo, por ex., ser civilmente indenizáveis as injúrias ou difamações ao nascituro concebido. Tal tutela implica ainda uma proteção do espaço e das fontes vitais do nascituro, pelo que as agressões, as sevícias ou os maus tratos aos seus pais (*maxime*, a sua mãe), de que lhe resultem danos, deverão ser objecto de medidas cíveis eliminatórias ou atenuadoras e de responsabilidade civil, de acordo com o número 2 do art. 70º do Código Civil."[138]

### 3.5.4 Pessoas jurídicas

As pessoas jurídicas não seriam suscetíveis de dano moral se este supusesse, sempre, a perturbação psíquica ou do espírito, fenômenos que somente se manifestam na pessoa humana. Mas é exatamente porque essas reações psicológicas não se confundem com o dano moral e nem constituem conseqüência necessária deste que as pessoas jurídicas podem vir a sofrer dano dessa natureza.

---

[136] Cf., a respeito, DINIZ, Maria Helena. A responsabilidade civil por dano moral. *Revista Literária de Direito*. Jan./fev. 1996, p. 9.

[137] STJ, RESP 399028/SP – DJU de 15.4.2002 – 4ª Turma – Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: "O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*." Neste aresto, a ação de indenização foi ajuizada 23 anos após o evento por

A doutrina e a jurisprudência entendem que a pessoa jurídica é titular de *honra objetiva* (ou externa), sinônima de reputação, caracterizada pelo conceito ou pela consideração da pessoa no meio social. Difere da honra *subjetiva* (interna; honra-decoro ou honra-dignidade), que se caracteriza pelo sentimento da própria dignidade ou dos próprios atributos; é o juízo que cada um faz de si mesmo. A honra objetiva dispensa toda e qualquer manifestação psíquica ou anímica.

Com esse posicionamento concorda, em linhas gerais, Antonio Jeová Santos: "Outro equívoco, no entender que a pessoa jurídica não pode padecer *dano moral*, é a conclusão errônea, sem embargos da fama de seus adeptos, na direção de que a configuração do *dano moral* somente ocorre quando existe repercussão na *psique* de uma pessoa. *Também é dano moral qualquer violação a direitos personalíssimos* e, estes, por analogia, as pessoas jurídicas os têm."[139]

No mesmo sentido o ensino de Sergio Cavalieri Filho, para quem é induvidoso "que a pessoa jurídica é titular de honra objetiva, fazendo jus à indenização por dano moral sempre que o seu bom nome, credibilidade ou imagem forem atingidos por algum ato ilícito."[140]

O entendimento de que a pessoa jurídica pode vir a ser sujeito passivo de dano moral é abraçado pela maior parte da doutrina e da jurisprudência[141] e encontra-se consagrado na Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

---

três filhos da vítima, um de cinco anos de idade, outro de três e o último nascido apenas dois meses depois do acidente fatal.

[138] CAPELO DE SOUZA, R. V. A. *Op. cit.*, p. 163.

[139] SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 151.

[140] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 85.

[141] Neste sentido vem decidindo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como se extrai da Ap. Cív. 3275/2003, 7ª CC, Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos: "Responsabilidade civil. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral, por ofensa à sua honra objetiva". De igual teor o acórdão que julgou a Ap. Cív. 17783/2002, 6ª CC, Rel. JDS. Des. Ricardo Couto de Castro: "A pessoa jurídica é dotada de honra objetiva, razão pela qual a emissão indevida de título em seu nome, levado a protesto, assegura a percepção de reparação moral". Bastante analítico o acórdão que julgou a Ap. Cív. 476/2003, 3ª CC, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva: "Os protestos de títulos de créditos, sem justa cansa configuram fatos constitutivos de dano moral objetivo de pessoa jurídica, na medida em que denigrem a sua imagem e aviltam o seu bom nome comercial, diminuindo o conceito público de que goza na sociedade, passando a visão de personalidade impontual, má pagadora, e, em conseqüência, inidônea, para realização segura de negócios jurídicos, em situação tal que resulta evidente *ipso facto*".

Em direção contrária vai o entendimento de Gustavo Tepedino, para quem toda e qualquer lesão sofrida por pessoa jurídica repercute necessariamente em suas atividades econômicas.[142] Considera equivocada e artificial a adoção da categoria dos direitos da personalidade pela pessoa jurídica, salientando que a proteção desta é inspirada por princípios distintos daqueles aplicáveis à pessoa física.[143]

Sem razão o renomado civilista. Embora despidas de direitos próprios da personalidade humana, tais como o direito à vida, à integridade corporal e psíquica e à saúde, as pessoas jurídicas ou coletivas são titulares de alguns direitos especiais de personalidade, ajustáveis às suas características particulares e aos seus interesses tuteláveis juridicamente.

Rabindranath Capelo de Souza, tratando da tutela da personalidade das pessoas coletivas no Direito português, enumera, dentre os direitos tuteláveis dessas pessoas, o direito ao nome e a outros sinais jurídicos recognitivos e distintivos, a honra, o decoro, o crédito, o sigilo de correspondência e de particularidades da organização, de funcionamento e de *know-how*. E conclui: "Por tudo isto, sempre que estejam em causa bens juscivilisticamente tutelados, as pessoas coletivas ilicitamente ofendidas podem exigir indenização civil, *v.g.*, por danos não patrimoniais, e requerer as providências constantes do art. 70º, nº 2, do Código Civil."[144]

Semelhante é o escólio, na doutrina francesa, de Geneviève Viney e Patrice Jourdan: "A proteção dos atributos morais da personalidade pela propositura de ação de

---

[142] TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro, *in*: *Temas de Direito Civil*. 2001, p. 52: "As lesões atinentes às pessoas jurídicas, quando não atingem, diretamente, as pessoas dos sócios ou acionistas, repercutem exclusivamente no desenvolvimento de suas atividades econômicas, estando a merecer, por isso mesmo, técnicas de reparação específicas e eficazes, não se confundindo, contudo, com os bens jurídicos traduzidos na personalidade humana (a lesão à reputação de uma empresa comercial atinge – mediata ou imediatamente – os seus resultados econômicos, em nada se assemelhando, por isso mesmo, à chamada honra objetiva, com os direitos da personalidade)."

[143] *Idem*. Considera o autor um equívoco: "(...) imaginar os direitos da personalidade e o ressarcimento por danos morais como categorias neutras, adotadas artificialmente pela pessoa jurídica para a sua tutela (a maximização de seu desempenho econômico e de seus lucros). Ao revés, o intérprete deve estar atento para a diversidade de princípios e de valores que inspiram a pessoa física e a pessoa jurídica, e para que esta, como comunidade intermediária constitucionalmente privilegiada, seja merecedora de tutela jurídica apenas e tão-somente como um instrumento (privilegiado) para a realização das pessoas que, em seu âmbito de ação, é capaz de congregar."

responsabilidade não está reservada somente às pessoas físicas. Os grupamentos personalizados, com efeito, são admitidos a utilizar essa via de direito para proteger seu direito ao nome ou para obter a condenação dos autores de palavras, escritos ou atos tendentes a arruinar sua reputação ou atentar contra sua imagem de marca. A pessoa moral pode mesmo reivindicar a proteção, se não de sua vida privada, ao menos do sigilo profissional. Ela pode exercer uma ação civil, acessória à ação pública, quando a infração lhe cause um dano moral que atinja a sua reputação."[145]

Além disso, é crescente o número de pessoas jurídicas, como as chamadas organizações não governamentais, que não exercem atividade comercial e não têm intuito de lucro, embora o lucro possa surgir como atividade meio para consecução das atividades fins da entidade. Embora essas pessoas jurídicas exerçam "atividades econômicas", porque movimentam valores, bens ou direitos, tais atividades são secundárias, pois seu móbil é filantrópico ou social. O ataque à credibilidade ou à reputação de entidade filantrópica causa-lhe, induvidosamente, um dano não-patrimonial, que transcende o incidental prejuízo material que a entidade possa vir a sofrer.

Em trabalho posterior, Gustavo Tepedino faz concessão às pessoas jurídicas sem fim lucrativo, diferenciado-as daquelas que têm por escopo o lucro. Reconhece que aquelas podem ser alvo do que denomina de "danos institucionais", não confundíveis com o dano

---

[144] CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra Editora. 1995, p. 599. A referência é ao Código Civil português.

[145] VINEY, Geneviève e JOURDAN, Patrice. *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*. 1999, p. 35. No original: "*La protection des attributs moraux de la personnalité par le jeu de l'action en responsabilité n'a pas été réservée aux seules personnes physiques. Les groupements personnalisés ont été en effet admis à utiliser cette voie de droit pour protéger leur droit au nom ou pour faire condamner les auteurs de propos, d'écrits ou d'actes tendant à ruiner leur réputation ou à porter atteinte à leur image de marque. La personne morale peut même revendiquer la protection, sinon de sa vie privée, du moins du 'secret des affaires'. Elle peut exercer une action civile, accessoire à l'action publique, lorsque l'infraction poursuivie lui cause um dommage moral personnel en portant atteinte à sa réputation.*"

moral. Quanto às pessoas jurídicas que têm intuito de lucro, parece manter seu entendimento anterior.[146]

Mas, ainda que se trate de pessoa jurídica com fim lucrativo, não parece razoável negar-se-lhes a possibilidade de postular indenização por dano moral, ou por "dano institucional", para usar a expressão empregada pelo eminente civilista. Isso porque a pessoa jurídica, ainda que persiga o lucro, pode vir a ser alvo de violações não traduzíveis ou estimáveis concretamente em pecúnia. Assim, por exemplo, a pessoa jurídica vítima de violação de sigilo negocial ou empresarial, ou cuja marca tenha sido utilizada indevidamente, conquanto eventualmente não tenha sofrido (comprovadamente) nenhum prejuízo econômico, poderia pleitear indenização por dano moral, para dissuadir o ofensor e terceiros da prática de comportamentos semelhantes. A indenização atuaria como importante fator de prevenção de comportamentos ilícitos ou de "moralização da ordem econômica",[147] mormente em casos nos quais o ofensor possa ter obtido lucro com a sua conduta lesiva, caso em que o *quantum* indenizatório deve buscar suprimir esse lucro ilícito.[148]

A resistência ainda existente ao reconhecimento da possibilidade de a pessoa jurídica ser alvo de dano moral está atrelada, em certa medida, à recusa em aceitar a idéia de que a indenização por dano moral nem sempre visa a aliviar uma dor ou um sofrimento, mas objetiva, em certas situações, *punir o ofensor*. É exatamente o que ocorre com a pessoa jurídica, que, embora não seja suscetível de detrimento anímico, pode vir a ser atingida em

---

[146] TEPEDINO, GUSTAVO. Cidadania e os Direitos da Personalidade, *in*: *Revista da Esmese*, 2002, nº 3, p. 23. Após sustentar que para as pessoas jurídicas com fins lucrativos a preocupação se resume à repercussão pecuniária que um ataque à sua atuação no mercado possa ter, pondera o autor: "Há que se resguardar, todavia, a necessária diferenciação entre as pessoas jurídicas que aspiram ao lucro e aquelas que se orientam por outras finalidades. Particularmente neste último caso não se pode considerar (como ocorre na hipótese de empresas com finalidade lucrativa) que os ataques sofridos pela pessoa jurídica acabam por se exprimir na redução de seus lucros, sendo espécie de dano genuinamente material. Cogitando-se, então, de pessoas jurídicas sem fins lucrativos deve ser admitida a possibilidade de configuração de *danos institucionais*, aqui conceituados como aqueles que, diferentemente dos danos patrimoniais ou morais, atingem a pessoa jurídica em sua credibilidade ou reputação."

[147] Na expressão de Suzanne Carval (*La Responsabilité Civile dans sa Fonction de Peine Privée*. 1995, p. 119).

[148] A questão referente ao emprego da indenização punitiva como forma de combater o lucro ilícito ou injustificado do ofensor será desenvolvida no Capítulo 5.

sua reputação ou em algum outro interesse sem repercussão patrimonial, caso em que terá legitimidade para postular indenização como forma de punir aquele que praticou a conduta lesiva. A esse propósito, traga-se, mais uma vez, o ensino de Sergio Cavalieri Filho:

> Relembremos que o fundamento da reparação do dano moral não é apenas aquela idéia de compensação – substituir a tristeza pela alegria etc.; a par do sentido compensatório, a indenização pelo dano moral tem de assumir um caráter punitivo, conforme já salientado.
> Sendo assim, deixar o causador do dano moral sem punição, a pretexto de não ser a pessoa jurídica passível de reparação, parece, *data venia*, equívoco tão grave quanto aquele que se cometia ao tempo em que não se admitia a reparação do dano moral nem mesmo em relação à pessoa física. Isso só estimula a irresponsabilidade e a impunidade.[149]

Obtempere-se, contudo, que a possibilidade de a pessoa jurídica ser alvo de dano moral estaria fundada em raízes distintas daquelas que dão origem ao reconhecimento da existência do dano moral contra a pessoa humana. De feito, a pessoa humana, como já examinado, encontra no princípio constitucional da dignidade (art. 1º, III) o fundamento para a mais ampla proteção de sua personalidade, em todas as suas dimensões. Já a pessoa jurídica, na medida em que se lhe reconhecem, explícita ou implicitamente, interesses não diretamente ligados ao seu patrimônio material, faz jus à proteção desses interesses como conseqüência do princípio constitucional garantidor de tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.[150]

Por outro lado, o art. 5º, X, da Constituição Federal, não restringe à pessoa humana o direito de indenização por dano moral ou à imagem. Além disso, a Constituição, em seu art. 5º, XXIX, determina seja assegurada proteção aos nomes de empresas. Em sede

---

[149] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 84.
[150] O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal estabelece: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

infraconstitucional, a pessoa jurídica atualmente encontra no art. 52 do Código Civil[151] (combinado com o art. 12 do mesmo Código)[152] proteção contra danos a seus direitos da personalidade.

Antonio Jeová dos Santos, cuidando especificamente da possibilidade de a pessoa jurídica ser alvo de dano moral, apesar de não ter ânimo ou espírito e, conseqüentemente, não ser passível de detrimento anímico, faz analogia as situações das crianças e dos alienados mentais: "Ora, se o dano moral não exige derramamento de lágrimas como no caso que envolva crianças de tenra idade, os loucos e a pessoa que estiver em profundo estado de coma, levando vida vegetativa, a pessoa jurídica, que por ela mesma não tem ânimo, pode sofrer dano moral."[153]

Assim, embora por fundamentos diversos, impõe-se reconhecer à pessoa jurídica à legitimidade para postular indenização por dano moral.

### 3.5.5. Dano moral difuso ou coletivo

O dano moral difuso se assenta na agressão a bens e valores jurídicos que são inerentes a toda a coletividade, de forma indivisível. A Lei nº 7.347/85 prevê, em seu artigo 1º, a possibilidade de ação civil pública de responsabilidade por danos *morais* e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Tenha-se em consideração a agressão ao meio-ambiente, consistente no derramamento de milhares de toneladas de óleo no mar, trazendo a morte de vários animais da região; ou na devastação de enorme área de vegetação nativa, com a perda de várias espécies raras. Ainda

---

[151] "Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade". A expressão "no que couber" deve ser entendida não como uma possível restrição à possibilidade de a pessoa jurídica postular indenização por dano moral, mas como ressalva àqueles direitos da personalidade que são próprios das pessoas físicas ou humanas.

[152] "Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei."

que tais catástrofes não venham a atingir, direta ou indiretamente, nenhuma pessoa em particular, é inegável o cabimento de indenização por dano moral metaindividual, por ofensa ao meio ambiente, bem coletivo protegido pelo art. 225 da Constituição Federal.[154] O direito ao meio ambiente saudável e equilibrado deve ser reconhecido como integrante da personalidade humana, por ser essencial ao seu pleno desenvolvimento.

Imagine-se, ainda, o dano irreversível causado a bens considerados patrimônio cultural nacional ou da humanidade. A Constituição Federal estabeleceu, no art. 215,[155] que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional. A preservação desse patrimônio coletivo é essencial para o exercício do direito fundamental de "participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e participar do processo científico e seus benefícios", conforme estabelecido pelo art. XXVII-1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948. O dano a esses bens acarreta mais do que um prejuízo material: atinge toda a coletividade que, "apesar de ente despersonalizado, possui valores morais e um patrimônio ideal que merece proteção".[156]

### 3.5.6. Observações gerais

Poder-se-ia ponderar que tais situações são excepcionais e, portanto, apenas confirmam a regra de que o dano moral se caracteriza pela alteração negativa no psiquismo ou no espírito do indivíduo. Isso, todavia, não explicaria porque, em tais situações, supostamente excepcionais, o dano moral se configura. Como também não explica o dano à honra objetiva

---

[153] SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 151

[154] Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[155] Art. 215 - O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

ou externa, o qual não está associado à privação do bem estar ou a alguma perturbação de ânimo.

Não se pretende refutar que o dano moral comumente produza ou seja apto a produzir perturbações psíquicas ou espirituais. Tampouco se pode negar que a dor, a vergonha, a tristeza ou qualquer outra reação psicológica negativa provocada pela lesão a um bem da personalidade sejam as principais motivações para a reação contra as ofensas aos direitos da personalidade. O que se busca demonstrar, tão-somente, é que tais reações íntimas ou internas não se confundem necessariamente com o dano moral, mas constituem resultado ou conseqüência eventual dessa espécie de dano.[157]

O dano será a lesão, em si, a algum direito da personalidade, não será a lágrima derramada em decorrência dessa lesão. Melhor seria dizer que o dano moral não se reduz à dor e outras sensações ou sentimentos negativos. Tais reações, quando presentes, integram o dano moral, embora não sejam essenciais a ele.

Ressaltando a evolução do conceito de dano moral ao longo do tempo, Ricardo Luis Lorenzetti assinala que uma ampliação da legitimação ativa no ressarcimento do dano moral vem se efetivando pela mudança de conteúdo do dano moral e pela criação de novos bens juridicamente tuteláveis. Observa que: "A circunstância de que o dano moral não seja identificado com o 'sentir dor' permite que seja reclamado por incapazes, que antes não

---

[156] RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. *In Revista de Direito do Consumidor*, v. 25, p. 82.

[157] Nesse sentido, ainda uma vez, o ensino de Brebbia: "A pretendida impossibilidade de demonstrar de maneira autêntica a existência de um dano moral, repousa no equívoco de supor que tal espécie de agravo se caracteriza juridicamente por uma sensação de sofrimento ou dor íntima sentida pelo sujeito passivo do mesmo, quando em realidade tal circunstância deve considerar-se irrelevante a tal fim em Direito. Não implica esta afirmação negar que os danos morais produzam ou possam produzir uma sensação de dor, medo, emoção, vergonha ou pena na vítima e que tal repercussão psíquica ou física seja mais intensa do que a que possa ocasionar normalmente a violação de um direito patrimonial; o que sim negamos é que possa servir para caracterizar juridicamente a primeira categoria de danos." (BREBBIA, Roberto. *Op. cit.*, p. 86). No original: "*La pretendida impossibilidad de demonstrar de manera fehaciente la existencia de un daño moral, reposa en el equívoco de suponer que tal especie de agravio se caracteriza jurídicamente por una sensación de sufrimiento o dolor íntimo sentida por el sujeto pasivo del mismo, cuando en realidad tal circunstancia debe considerarse irrelevante a tal fin en Derecho. No implica esta aseveración negar que los daños morales produzcan o puedan producir una sensación de dolor, miedo, emoción, vergüenza o pena en la víctima y que tal repercusión psíquica o física sea más intensa*

tinham essa possibilidade, ou a alternativa de que as pessoas jurídicas possam ter essa legitimação."[158]

## 3.6. SITUAÇÕES EM QUE DANO MORAL E "DOR" SE CONFUNDEM

É certo que, bastas vezes, a violação de direito da personalidade e a alteração do estado anímico se confundirão, como no caso da violação do direito ao sossego ou à tranqüilidade, que só se consuma com o desassossego ou a intranqüilidade da vítima.

Tome-se como exemplo o condômino mal intencionado que, por espírito de emulação, toca música em alto volume, a altas horas da madrugada. Não causará dano moral ao vizinho adolescente, de férias, acostumado a dormir tarde e que até seja apreciador da música tocada; mas causará dano ao outro vizinho, que acorda cedo para ir ao trabalho e fica impossibilitado de dormir em razão do barulho. Nessa hipótese, o desassossego, a intranqüilidade, a perda da paz de espírito constituirão o próprio dano moral, porque o direito da personalidade violado é, exatamente, o *direito ao sossego, à tranqüilidade, à paz de espírito*, ou qualquer outro nome que se queira dar ao bem personalíssimo juridicamente protegido aqui lesado.

O que ocorre no exemplo supra é que o bem personalíssimo atingido se insere na subcategoria dos *direitos psíquicos* da pessoa.

O aprofundamento do estudo dos direitos da personalidade tem levado a várias tentativas de classificação dessa espécie de direitos pela doutrina. Dentre as classificações imaginadas, merece destaque a proposta por Carlos Alberto Bittar, que divide os direitos da personalidade em *direitos físicos*, *direitos psíquicos* e *direitos morais*. Os primeiros referentes a componentes materiais da estrutura humana, abrangendo a integridade corporal; os

---

*en la que pueda ocasionar normalmente la violación de un derecho patrimonial; lo que sí negamos es que pueda servir para caracterizar jurídicamente a la primera categoria de los daños.*"

[158] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*, p. 457.

segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade, englobando a integridade psíquica; e os últimos, respeitantes a atributos valorativos da pessoa na sociedade.[159]

Há que reconhecer que, a despeito de o ser humano constituir uma unidade, é ele composto de diversos atributos: alguns físicos, outros psíquicos ou espirituais e outros pertencentes ao campo da moral.

É natural, assim, que sejam juridicamente tutelados os legítimos *sentimentos* e afetos humanos, que constituem, em si mesmos, bens da personalidade, os quais, atingidos ou ofendidos, configuram o próprio dano moral.

O que se pretende indicar é que há situações nas quais a ofensa ou a violação a determinados direitos da personalidade causa dano moral independentemente da existência de alguma alteração psicológica ou espiritual do ser humano (como no caso de ofensa à imagem, à integridade física, à honra objetiva). Há outras situações, no entanto, em que o dano moral consiste exatamente nesse detrimento anímico ou nessa perturbação psíquica.

## 3.7. ESPÉCIES DE DANO MORAL

Partindo de critérios distintos, o dano moral pode ser classificado de vários modos. Muitas dessas classificações não são próprias do dano moral, porque extensíveis ao dano material.

Dano moral individual ou coletivo: Tomando-se por base um critério que leva em consideração a extensão subjetiva do dano, pode o dano moral ser dividido em *individual*, quando é ofendido o patrimônio ideal de uma pessoa, ou *coletivo* (ou *difuso*), quando é atingido o patrimônio imaterial de toda a coletividade ou de uma categoria de pessoas.

---

[159] V. BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*, p. 57.

Dano moral objetivo ou subjetivo: Brebbia, de forma mais analítica, engendra classificação que parte de uma divisão dos distintos aspectos integrantes do patrimônio moral do sujeito. Assim, indica, de um lado, danos morais que se referem a *aspecto objetivo da personalidade moral*, aí incluídos os seguintes bens pessoais: a) honra; b) nome; c) honestidade; d) liberdade de ação; e) autoridade paterna; f) fidelidade conjugal; g) estado civil. Aponta, de outro lado, danos morais que atingem *aspecto subjetivo da personalidade moral*, dentro do qual se compreendem os seguintes bens personalíssimos: a) afeições legítimas; b) segurança pessoal e integridade física; c) intimidade; d) direito moral do autor sobre sua obra; e) valor de afeição de certos bens patrimoniais.[160]

Na verdade, considerando os diversos bens personalíssimos atingidos, pode-se chegar a um número indeterminado de danos morais. Daí poder falar-se em dano à *vida* ou à *integridade física* (que se inserem na espécie mais ampla de dano à pessoa), dano à *imagem*, dano ao *nome*, dano à *honra*, dano à *intimidade*, dano à *liberdade de crença religiosa*. Todos eles subespécies de dano moral.

Dano moral direto ou indireto: Interessante é a classificação fundada na *natureza do bem jurídico afetado diretamente pela conduta lesiva*. Fala-se em *dano moral direto*[161] quando a lesão atinge diretamente algum dos bens integrantes da personalidade, tais como a vida, a integridade corporal, a intimidade, a honra, a imagem. De outro lado, diz-se que há *dano moral indireto*[162] quando é atacado bem patrimonial, mas com repercussão sobre bem personalíssimo.

---

[160] BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, p. 259.
[161] Correspondente aproximado dos "*direct damages*" (*general damages* ou *necessary damages*) do *common law*, definidos como danos presumivelmente resultantes do tipo de ato ilícito praticado (ver *Blacks Law Dictionary*, p. 394).
[162] Na *common law*, "*consequential damages*": danos não provenientes diretamente ou imediatamente de um ato lesivo, mas que deste resultam indiretamente (ver *Blacks Law Dictionary*. 1999, p. 394).

A mesma classificação se aplica, de mão invertida, ao dano patrimonial: será direto quando a lesão atinge imediatamente bem patrimonial; será indireto o dano patrimonial quando este constitua decorrência de ataque a bem da personalidade.

Dano moral direto ou indireto (em ricochete): A denominação do dano moral como direto ou indireto é utilizada, também, para fazer referência a outra classificação, com base em critério distinto, que leva em conta o ter a vítima sido ou não atingida diretamente pelo evento. De acordo com esse critério, constituiria *dano moral direto*, por exemplo, o experimentado pela vítima atingida em sua integridade corporal ou em sua vida; configuraria *dano moral indireto*, *reflexo* ou em *ricochete* o suportado por terceiro, como reflexo da lesão à vítima imediata: por exemplo, o dano moral sofrido pelo cônjuge ou pelos filhos em conseqüência da morte do pai. Na doutrina francesa a denominação corrente é a de dano em ricochete (*dommage par ricochet*).[163]

A classificação, também aqui, não é exclusiva do dano moral: da mesma forma o dano material pode ser considerado direto (como o sofrido pela vítima de lesão corporal, que vê diminuída sua capacidade de trabalho) ou indireto (como o dos filhos que, em razão da morte do pai, deixam de contar com o sustento que este lhes proporcionava).

Um dos problemas gerados pelo *dano em ricochete* reside na legitimidade para a propositura da ação indenizatória. Ou, como observado por Sergio Cavalieri Filho, a dificuldade, no dano em ricochete, está: "em saber até que ponto é possível reclamar pelo reflexo de um dano causado a outra pessoa, seja de natureza material ou moral". No que diz respeito ao dano material indireto, a jurisprudência ainda tem encontrado critérios

---

[163] Esta, a definição trazida por Yvonne LAMBERT-FAIVRE: "Denomina-se geralmente dano em ricochete o conjunto de prejuízos sofridos por um terceiro vítima do fato de um dano corporal inicial que atinge a vítima imediata." (*Droit du dommage corporel*, p. 275). No original: "*On appelle généralement dommage par ricochet l'ensemble des préjudices subis par un tiers victime du fait du dommage corporel initial dont est directement atteinte la victime immédiate*."

razoavelmente objetivos,[164] mas no tocante ao dano moral reflexo, prepondera um grande subjetivismo.

Enquanto a legitimidade de certas pessoas se afigura, de ordinário, tranqüila (como a dos filhos), a de outras é motivo de intensos debates na jurisprudência. Assim, é controvertida a legitimidade de irmãos, ascendentes e outros parentes remotos da vítima; do mesmo modo, controversa é a legitimidade de algumas pessoas sem relação de parentesco (noivo, namorado, amigo íntimo). A utilização de critérios rígidos é temerária, pois, como adverte Sergio Cavalieri: "Um parente próximo pode sentir-se feliz pela morte da vítima, enquanto o amigo pode sofrer intensamente."[165] Somente o exame do caso concreto poderá revelar se o demandante foi atingido em suas afeições legítimas.

Observe-se que, em caso de *dano moral reflexo ou em ricochete* decorrente da morte de alguém, em havendo vários legitimados à propositura da ação de reparação de dano, cada um deles, individualmente considerado, terá direito ao recebimento de indenização. Não há que cogitar de fixação de apenas um valor de indenização por dano moral por só ter havido uma vítima fatal. Com efeito, o que se busca indenizar não é a morte em si da vítima, mas – aqui, sim – o *dano psíquico*, caracterizado pela dor espiritual, pelo sofrimento, pela perda afetiva que cada um dos legitimados teve como conseqüência da morte da vítima. Assim, a cada legitimado à indenização por dano moral deverá tocar uma verba independente, correspondente à dor e à perda de cada um.

Observe-se que cada um dos autores poderia, individualmente, ajuizar demanda para a obtenção de reparação pelo dano moral sofrido. Não há, em tal situação, um único direito à postulação da reparação pelo dano moral, mas tantos direitos quantos forem aqueles que tiveram a sua esfera moral ou ideal atingida reflexamente pela morte do ser querido.

---

[164] Yvonne Lambert-Faivre noticia que, atualmente, a Corte de Cassação da França, renunciando a critérios rígidos do passado, estabelece quatro critérios para admitir a indenização das vítimas por ricochete, quais sejam, os caracteres *pessoal*, *direto*, *certo* e *lícito* dos prejuízos invocados (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *Op. cit*., p. 276).

Dano moral transitório ou permanente: O dano moral pode gerar reflexos transitórios ou permanentes, seja no estado anímico, seja na vida de relação da vítima. Assim, a ofensa à honra ou a lesão corporal leve podem provocar sentimentos negativos que, depois de certo tempo, deixarão de afetar a vítima, porque constituirão simples lembrança. Já certas lesões deixam marca indelével, como ocorre com os danos físicos que levam à cegueira ou à amputação de um membro, que causam impotência sexual, ou que resultam em certos danos estéticos não corrigíveis por cirurgia reparadora. Mais adequado seria falar em dano moral de *efeito transitório* e dano moral de *efeito permanente*.

Em se tratando de danos morais à *integridade física* ainda é possível estimar se os efeitos ou vestígios do dano serão apagados no futuro. Já em se tratando de danos a *direitos psíquicos ou morais* da pessoa a tarefa é penosa, pois cada vítima sente os efeitos do dano moral a seu modo. A impressão que um dano moral causa ao espírito de uma vítima é diferente da impressão causada ao espírito de outra por um dano semelhante. Algumas pessoas são mais suscetíveis do que outras.

Dano moral atual ou futuro: Alguns danos morais podem ter repercussão imediata; outros danos podem ter conseqüências que só virão a ser sentidas ou serão agravadas no futuro. Faz-se, então, a distinção entre dano moral atual e futuro. O dano moral atual seria aquele cujas conseqüências se encontram presentes por ocasião da ação de responsabilidade; dano moral futuro, em contrapartida, seria o dano cujos efeitos, previsíveis, serão sentidos no futuro, ou no futuro se desenvolverão, consolidarão ou agravarão.

Forte na idéia de que o dano moral não se confunde necessariamente com suas conseqüências psicológicas, não é exato falar em dano moral futuro; é mais apropriado falar em *dano moral de efeitos futuros*, já que o dano sempre seria atual.

---

[165] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 89.

O chamado dano futuro não deve ser confundido com o dano eventual ou hipotético. Aquele (o dano futuro) é certo e objetivamente previsível, razão pela qual deve ser indenizado; este (o dano eventual ou hipotético) é incerto, de ocorrência imprevisível, pelo que não é indenizável.

Perda de uma chance: Com algumas reservas, a jurisprudência tem reconhecido o direito à indenização (por danos morais e materiais) em decorrência da perda de uma chance (*perte d'une chance*). Trata-se de modalidade específica de dano futuro, consistente na perda, pela vítima do dano, da oportunidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo no futuro.

Imagine-se o caso de um acidente de trânsito, no qual a vítima sofra lesões físicas incapacitantes. Os danos físicos podem impedir a vítima de se apresentar em um concurso ou de realizar um exame do qual depende sua carreira; podem frustrar seus planos de casamento; podem privá-la da esperança de obter uma promoção no trabalho ou de retomar uma atividade laborativa após sua aposentadoria.[166]

No que toca especificamente ao dano moral, é clássico o exemplo da perda de chance matrimonial. Mas outras situações de perda de chance também configuram o dano moral. Pizarro exemplifica com os danos físicos que causam a minoração da possibilidade de manter relações sexuais ou de desenvolver com normalidade as relações sociais; a minoração de possibilidades intelectuais ou desportivas futuras.[167]

---

[166] V. VINEY, Geneviève e JOURDAN, Patrice. *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, p. 72.
[167] PIZARRO, Ramón Daniel. *Op. cit.*, p. 110.

## 3.8. DANO MORAL EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL

Tema recorrente é o da possibilidade de o dano moral surgir do descumprimento de obrigação contratual. Em muitos julgados é freqüente a ponderação de que o simples inadimplemento contratual ou o mero descumprimento de obrigação pode causar dano material, mas não caracteriza dano moral. Importa, pois, definir quando se está diante de "mero" ou "simples" inadimplemento de obrigação contratual e quando se está diante de um dano moral.

Nada impede, *a priori*, que o descumprimento de obrigação contratual venha a provocar um dano moral. Pode-se, mesmo, falar em um *dano moral contratual*[168] (decorrente de responsabilidade civil contratual), em contraposição a um *dano moral extracontratual* (decorrente de responsabilidade civil extracontratual, delitual ou aquiliana).

Inicialmente, para a configuração do dano moral contratual, impõe-se a existência de uma *obrigação preexistente*, emanada de um contrato ou de um ato jurídico válido,[169] seguida do *inadimplemento* (absoluto ou relativo) da obrigação[170]. Esse inadimplemento deve, então, ser relacionado como causa (*nexo de causalidade*), direta ou indireta, de *ofensa a algum direito da personalidade*.

O credor que deixa de receber o valor que lhe é devido e tem que recorrer ao Judiciário para buscar o cumprimento de sua obrigação comumente se sente aborrecido, contrariado, desgastado, até exasperado. Mas, porque tais estados psicológicos não decorrem da lesão a um direito da personalidade, não constituem sinal da ocorrência de um dano moral

---

[168] Ver PIZARRO, Ramón Daniel. *Op. cit.*, p. 143.

[169] Pizarro observa, com propriedade, que o dano moral também pode surgir da anulação ou declaração de nulidade de um contrato ou de um ato jurídico, mas, nesses casos, a responsabilidade civil é de natureza extracontratual (PIZARRO, R. D. *Op. cit.*, p. 153).

[170] Ver PIZARRO, R. D. *Op. cit.*, p. 152.

indenizável. Constituem incômodos que decorrem da vida de relação ou dos embates do dia-a-dia.[171]

A despeito disso, as situações de dano moral contratual são freqüentes e encontradas em grande número na jurisprudência.

O passageiro de ônibus que sofre danos físicos em razão de acidente de trânsito é vítima de dano moral por descumprimento do contrato de transporte (o qual traz, ínsita, a cláusula de incolumidade do passageiro).

No campo do contrato de transporte aéreo de passageiros, a jurisprudência vem reconhecendo a existência de dano moral em caso de *overbooking*,[172] de atraso de vôo considerável[173] (mormente quando há perda de conexão com outro vôo)[174] ou de extravio de bagagem que cause transtornos relevantes.[175]

É vasta a literatura acerca da responsabilidade civil decorrente de erro médico com repercussão na esfera moral da pessoa. Na jurisprudência, encontram-se casos de dano estético resultante de lipoaspiração[176] ou de outras espécies de cirurgia estética.[177]

---

[171] STJ, RESP 338162/MG – DJU de 18.2.2002 – 4ª Turma – Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: "O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade"

[172] STJ, RESP 345687/CE – DJU de 5.8.2002 – 4ª Turma – Min. Ruy Rosado de Aguiar: "Responsabilidade Civil. Transporte aéreo. *Overbooking*. Dano extrapatrimonial. Indenização. O dano sofrido pela empresa cujo dirigente não embarcou por excesso de reservas, e por causa disso perdeu atividades programadas no lugar de destino, deve ser indenizado integralmente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor."

[173] STJ, RESP 307409/RJ – DJU de 4.2.2002 – 4ª Turma – Min. Aldir Passarinho: "Inobstante a infraestrutura dos modernos aeroportos ou a disponibilização de hotéis e transporte adequados, tal não se revela suficiente para elidir o dano moral quando o atraso no vôo se configura excessivo, a gerar pesado desconforto e aflição ao passageiro, extrapolando a situação de mera vicissitude, plenamente suportável." No mesmo sentido: RESP 300050/SP, RESP 241813/SP, RESP 168976/SP, RESP 197808/SP, RESP 253552/SP, AGA 239742/MG, RESP 235678/SP.

[174] STJ, RESP 295369/SP – DJU de 19.11.2001 – 3ª Turma – Min. Carlos Alberto Menezes Direito: "O atraso superior a 24h, com perda de conexão, e obrigação de pernoite em cidade no exterior (...) causa transtorno anormal, bastante para justificar a obrigação de indenizar."

[175] STJ, RESP 173526/SP – DJU de 27.8.2001 – 4ª Turma – Ruy Rosado de Aguiar: "É possível a condenação pelo dano moral resultante da perda durante o transporte. Divergência superada."

[176] STJ, RESP 457312/SP – DJU de 12.12.2002 – 4ª Turma – Min. Ruy Rosado de Aguiar.

[177] RESP 10536/RJ – DJU de 19.8.1991 – 3ª Turma – Min. Dias Trindade: "Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, salvo prova de força maior ou caso fortuito."

No que se refere aos contratos bancários, a jurisprudência tem identificado o dano moral na devolução indevida de cheque de correntista[178] e na inclusão indevida do nome de correntista em cadastro de inadimplentes.[179]

Considerou-se configurado o dano moral no corte indevido do fornecimento de energia elétrica[180] e na demora desarrazoada para a instalação e conserto de linha telefônica, quando não havia a mínima demonstração da ocorrência de problemas técnicos que justificassem o atraso.[181]

Já se decidiu que o atraso na entrega de obra de construção de imóvel pode gerar dano moral em casos especiais, nos quais o retardamento causa constrangimentos que vão além do simples aborrecimento pelo atraso em si.[182]

Há situações, ainda, nas quais o contrato constitui apenas a oportunidade para o dano moral, como ocorre no caso de assédio sexual ou de outros constrangimentos a que o empregado é submetido pelo patrão. O dano moral, em tais situações, não será gerado a partir do descumprimento de alguma obrigação especificamente pactuada, mas da violação direta do dever geral (de índole constitucional) de respeito e consideração pela dignidade humana.

---

[178] STJ, RESP 422396/DF – DJU de 07.10.2002 – 3ª Turma – Min. Carlos Alberto Menezes Direito: "Constatado nas instâncias ordinárias que houve a indevida devolução de cheques emitidos pelo correntista, por culpa do Banco, que não considerou depósito feito pelo mesmo, é pertinente a imposição da condenação pelo dano moral." No mesmo sentido, o RESP 302653/MG – DJU de 29.10.2001 – 4ª Turma – Min. Ruy Rodado de Aguiar: "O banco que recusa o pagamento de cheque sob a indevida alegação de falta de fundos está obrigado a reparar o dano moral sofrido pelo correntista. A existência do dano decorre de juízo da experiência, fundado no que normalmente ocorre em tais situações."

[179] STJ, RESP 293669/PR – DJU de 4.2.2002 – 3ª Turma – Min. Carlos Alberto Menezes Direito: "Já decidiu a Corte que a inscrição em cadastro negativo por culpa do banco gera o dano moral, suscetível de indenização, sendo a exigência da prova satisfeita com a demonstração da inscrição indevida."

[180] TJRJ, Apelação Cível APC5012898 DF – DJU de 3.11.19: "Corte de fornecimento de energia elétrica efetuada pela prestadora de serviço. Pagamento da fatura em tempo hábil. Provimento parcial. Reconhecimento do dano moral. Fixação em 150 vezes o valor da fatura."

[181] TJRJ, Apelação Cível nº 2003.001.05936 – 2ª Câmara Cível – Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho: "TELEFONE. Demora na Instalação e Conserto de Linha. Fato frustrante que não pode ser considerado mero aborrecimento. Dano moral e inadimplemento contratual."

[182] Bastante ilustrativo o acórdão do TJRJ na Ap. Cível nº 2002.001.08305 – Julgada em 7.8.2002 – 13ª Câmara Cível – Des. Nametala Jorge: "Compromisso de compra e venda de unidade imobiliária em construção. Atraso na entrega do bem, por culpa da incorporadora. Danos materiais. Dano moral. (...) Em princípio, a inexecução contratual não gera dano moral; porém, se daí também resulta adiamento do sonho da realização do casamento, tal circunstância constitui dano moral, por lesão de bem integrante da personalidade, como integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza e humilhação à vítima."

A doutrina, na verdade, acusa uma tendência ao desaparecimento da tradicional divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, a partir da constatação de que os contratos cada vez menos retiram sua força da vontade das partes, em razão da crescente interferência do direito positivo nas relações jurídicas. O emprego disseminado dos contratos de adesão na sociedade de consumo coloca em xeque o princípio da autonomia da vontade e retira a razão de ser da *summa divisio* da responsabilidade civil.[183]

Nenhuma estranheza, pois, deve causar a idéia de que o dano moral possa estar associado ou vinculado ao descumprimento de um contrato. Desde que se configure a ofensa a atributo da personalidade, nada importa que a causa remota desse dano (de natureza moral) tenha sido o inadimplemento de uma obrigação contratual.

Observe-se que o dano moral contratual pode decorrer de inadimplemento contratual culposo, como se viu de vários dos exemplos colhidos na jurisprudência. Não há nenhuma exigência de que a conduta do ofensor seja dirigida dolosamente ao descumprimento do contrato.[184]

### 3.9. A PROVA DO DANO MORAL

É corrente o ensino de que não é exigível a prova do dano moral (tido este como alguma daquelas alterações negativas no psiquismo da vítima), sendo bastante a prova do fato ofensivo capaz de gerar tais alterações, que seriam presumidas em caráter absoluto. É o entendimento do Professor Sergio Cavalieri, para quem: "(...) o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso*

---

[183] Para Mariano Izquierdo Tolsada: "(...) tanto mais nos afastemos do modelo da autonomia contratual, tanto mais recomendável será unificar as esferas, não apenas do ponto de vista metodológico, mas também no que se refere às conseqüências práticas." (La unificación de la responsabilidad civil contratual y extracontratual (visión europea). *In*: *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot. 1997, 110. No original: "(...) *tanto más nos alejemos del modelo de la autonomía contractual, tanto más recomendable será*

*facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum".[185]

Do mesmo teor, o ensino de Carlos Alberto Bittar: "Ora, trata-se de presunção absoluta, ou *iuris et de iure*, como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em concreto. Com efeito, corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova de dano moral. Não cabe ao lesado, pois, fazer demonstração de que sofreu, realmente, o dano moral alegado."[186]

Essa idéia, de que o dano moral em geral não depende de comprovação, decorre, a nosso ver, do recorrente erro de perspectiva de sempre identificar o dano moral com aquelas reações de dor, constrangimento, tristeza, vergonha. Partindo de tal premissa, a solução encontrada não poderia ser outra que não a da inexigibilidade da prova do dano, porque totalmente subjetivo, existente no íntimo do indivíduo e, conseqüentemente, não perceptível pelos sentidos. O dano, assim considerado, teria de ser presumido a partir de algum fato objetivo.

Por esse prisma, em verdade, com base em uma presunção (absoluta, no comum dos casos), acaba-se por indenizar alguém por um dano moral (identificado sempre com "dor") que poderia nem mesmo existir.

Todavia, substituída a proposição inicial, para considerar o dano moral não como alguma daquelas reações íntimas do ser humano, mas como a lesão a um direito personalíssimo, desnecessário é o recurso a presunções acerca da existência do dano: uma vez

---

*unificar las esferas, no ya sólo desde el punto de vista metodológico, sino también en orden a las consecuencias prácticas.*"

[184] Ver PIZARRO, Ramón Daniel. *Op. cit.*, p. 167.

[185] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 80.

violado algum direito da personalidade, caracterizado estará o dano moral, *independentemente de qualquer reação interna ou psicológica do titular do direito*.

Para o notável Roberto Brebbia, o problema da prova do dano moral se resolve, de forma objetiva, com a comprovação de fato violador de algum dos direitos da personalidade.[187]

Pelo menos no tocante aos chamados direitos da personalidade *físicos* e *morais*, a que se refere Carlos Alberto Bittar, o dano moral poderia ser provado diretamente. O recurso à presunção subsistiria, no entanto, em relação aos danos morais consistentes em ofensa a *direitos psíquicos da personalidade* do indivíduo.[188]

## 3.10. SÍNTESE

Dano moral não se confunde com dor, sofrimento, tristeza, aborrecimento, infelicidade, embora, com grande freqüência, estes sentimentos resultem dessa espécie de dano.

Afastada a necessidade de dor, sofrimento espiritual ou qualquer espécie de detrimento anímico para a configuração do dano moral, abre-se espaço para o reconhecimento do respectivo direito de indenização a pessoas incapazes de consciência e discernimento (como se dá no caso das crianças de tenra idade e em alguns casos de doença mental), ou, mesmo, de pessoas incapazes de manifestações psíquicas ou sensoriais negativas diante da ofensa a algum direito de sua personalidade (como no caso de pessoas em estado comatoso ou vegetativo).

---

[186] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, p. 204.
[187] BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, p. 85.
[188] Na já mencionada classificação propugnada por Carlos Alberto Bittar (*Os direitos da personalidade*, p. 57). Mas não subsistiria a presunção em relação aos direitos da personalidade *físicos* e *morais*, porque estes independem de qualquer alteração no estado anímico da vítima.

Embora apenas com o nascimento com vida tenha início a personalidade civil do ser humano, desde a concepção o ser humano já é detentor de personalidade moral a ser protegida.

As pessoas jurídicas, embora despidas de direitos próprios da personalidade humana, são titulares de alguns direitos especiais de personalidade, ajustáveis às suas características particulares e aos seus interesses tuteláveis juridicamente, razão pela qual também são passíveis de dano moral, principalmente no que se refere ao seu conceito dentro da sociedade.

A agressão a bens e valores jurídicos que são inerentes a toda a coletividade, de forma indivisível, faz surgir o dano moral coletivo ou difuso.

Na etiologia do dano moral, inadequada se mostra a distinção entre *lesão* (ou *atividade lesiva*) e *dano* propriamente dito. Diferentemente do que ocorre com o dano material, o dano moral não deve ser associado a algum acontecimento natural (físico ou psicológico), correspondente a um *estrago* ou *avaria*, a uma *diminuição* ou *perda*. É bastante a lesão a direito da personalidade.

Desde que se configure a ofensa a atributo da personalidade, pode o dano moral emergir do inadimplemento de obrigação contratual.

O dano moral é, em verdade, um conceito em construção. A sua dimensão é a dos denominados direitos da personalidade, que são multifacetados, em razão da própria complexidade do homem e das relações sociais.

Os direitos personalíssimos encontram-se sintetizados no *princípio da dignidade da pessoa humana*, consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal. Cabe ao intérprete conferir, em cada caso que se lhe apresente, a interpretação que mais preserve esse princípio.

Com o desenvolvimento social e a conseqüente evolução dos direitos da personalidade o conceito de dano moral tende a ser ampliado, para alcançar situações hoje ainda não consideradas.

# 4. A INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL

> "(...) é diante das pessoas, de seu sofrimento e
> cara a cara com elas que decidimos." (Gérard Fourez)

## 4.1. AS FORMAS DE REAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO AO DANO. A PENA E A REPARAÇÃO

A ordem jurídica, porque essencialmente deontológica, se caracteriza pela *imperatividade*,[189] traduzida na exigência incondicional ou categórica de aplicação de seus preceitos normativos.[190] Diferencia-se de outras ordens sociais, como a moral e a religiosa, pela *coercibilidade*, definida por José de Oliveira Ascensão como "a suscetibilidade de aplicação coativa de sanções com expressão física, se a regra for violada."[191]

Essa imperatividade inerente à ordem jurídica é condição da própria vida em sociedade. Sem ela, o Direito não poderia cumprir sua função última, de proteção do ser humano e potencialização dos seus valores. Através do estabelecimento de normas ditas primárias, o Direito regula as condutas externas, possibilitando o convívio social.

Vinculada à imperatividade e à coercitividade do ordenamento jurídico está a *sanção*, definida como "uma conseqüência desfavorável normativamente prevista para o caso de

---

[189] A doutrina aponta outras características da ordem jurídica, dentre as quais sobressai a "*atributividade*" ou "*bilateralidade atributiva*", considerada "nota distintiva essencial do direito" por Miguel Reale, que a define como uma relação "intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer, garantidamente, algo." (REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*, p. 51). Gofredo Telles Junior sugere um conceito diverso. Segundo o autor: "(...) a norma jurídica não atribui faculdade nenhuma. O que lhe é próprio é *exprimir uma autorização* dada pela sociedade. A norma jurídica é o instrumento pelo qual o lesado, para os fins legais, *fica autorizado* a exercer sua faculdade de exigir e de coagir." Daí por que, conclui: "A norma jurídica não é *atributiva*. Ela é *autorizante*." (TELLES JUNIOR, Gofredo. Iniciação na Ciência do Direito, p. 53-54).

[190] V. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e teoria geral*. 2001, p. 35.

[191] *Ibidem*, p. 77. A coercibilidade está presente na definição dada por Ihering ao Direito: "O complexo de normas coercitivas vigentes em determinado Estado" (IHERING, Rudolf von. *A finalidade do Direito*, t. I, p. 218). Para Recasens Siches: "(...) a característica de impositividade inexorável é essencial ao Direito; até o ponto de que o pensamento de um Direito que não fosse inexorável (coercitivo, autárquico) constituiria um absurdo, ou seja, um pensamento irrealizável, como o do quadrado redondo ou o da faca sem cabo nem lâmina." (SICHES, Luis Recasens. *Filosofía del Derecho*, p. 185).

violação de uma regra, e pela qual se reforça a imperatividade desta".[192] Dito de forma mais sintética, a sanção constitui a "resposta à violação" de uma norma.[193]

A sanção é uma característica das ordens normativas em geral, não apenas da ordem jurídica. Com efeito, pode-se falar em uma *sanção moral*, que é puramente interior, pois consiste no sentimento de culpa, no remorso ou no arrependimento. O transgressor da norma moral é punido pela própria consciência, e só por ela, razão pela qual é de escassa eficácia.[194] Pode-se, também, falar em uma *sanção social*, de natureza externa, determinada por um comportamento do grupo social que exprime a desaprovação em relação a um integrante da sociedade. Seu defeito reside no seu imediatismo e na sua inorganicidade. Porque confiada ao grupo impessoalmente, a sanção social pode consistir na expressão de sentimentos que deveriam ser reprimidos ou em juízos impulsivos ou precipitados.[195]

Dessas duas formas de sanção difere, de maneira bem marcada, a sanção jurídica, que se distingue por ser *externa* (apartando-se, assim, da sanção moral) e *institucionalizada* (no que se afasta da sanção social): externa porque advém do grupo social; institucionalizada por ser regulada pelas mesmas fontes de produção das regras primárias.[196]

---

[192] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op, cit.*, p. 55. Eduardo García Maynez define a sanção como: "(...) conseqüência jurídica que o descumprimento de um dever produz em relação ao obrigado." (*Introdución al estudio del Derecho*, p. 295). No original: "(...) *conseqüência jurídica que el incumplimiento de um deber produce en relación con el obligado*."

[193] BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 154. O autor reconhece que existem normas jurídicas sem sanção, ainda assim sustenta ser a sanção elemento constitutivo do ordenamento jurídico, observando que: "(...) quando se fala em uma sanção organizada como elemento constitutivo do direito, nos referimos não às normas particulares, mas ao *ordenamento normativo tomado em seu conjunto*, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que *todas* as normas daquele sistema sejam sancionadas, mas apenas que o são *em sua maioria*." (*ibidem*, p. 29). O mesmo entendimento é expresso por José de Oliveira Ascensão, para quem: "(...) se a coercibilidade não caracteriza cada regra estatal por si, já nos parece que ela *caracteriza a ordem jurídica estatal em globo*." (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 83). No que concerne ao ordenamento internacional ou supra-estatal, a questão é mais delicada. Embora não se possa falar em uma total ausência de coercibilidade, há de reconhecer que esta ainda se apresenta incipiente. Não se nega a existência de um Direito internacional público, nem a circunstância de que a violação de uma norma internacional por parte de um Estado constitua um ilícito, que dá ensejo a diversas formas de represália e, em casos extremos, à guerra. A autotutela apresenta-se, nesse plano, como forma de sanção mais freqüente, embora, com a criação de organismos internacionais, haja a aplicação da heterotutela. Ver, para um maior desenvolvimento da questão, BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 170; e ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 77.

[194] BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 155.

[195] *Ibidem*, p. 157.

[196] *Ibidem*, p. 160.

A sanção, como expressão da coercibilidade da norma jurídica, é uma conseqüência ou um efeito jurídico, expresso por uma regra (sancionadora) de caráter secundário, aplicável quando descumprido o dever imposto pela regra primária, que estabelece direitos e deveres também primários (ou originários).

Diz-se secundária a norma sancionadora porque a sua aplicação não constitui o objetivo principal do ordenamento jurídico, que é estabelecido com vistas ao atendimento das normas primárias, estatuidoras das regras de conduta ou de convivência entre as pessoas. Estas últimas regulam a vida em sociedade e buscam, em maior ou menor medida, a realização dos valores do ser humano. Para tanto, estabelecem deveres primários (ou originários), tais como o de não lesar a outrem. O descumprimento de algum desses deveres originários leva como conseqüência à criação de um dever sucessivo ou a imposição de uma situação desfavorável ao infrator.

Ressalte-se desde logo um ponto a que se retornará mais adiante: a sanção não pode ser concebida como um preço estabelecido em proveito daqueles que estejam dispostos a pagar para violar os deveres fixados pelas normas primárias de conduta.[197] Como observado por Carnelutti: "sancionar significa precisamente tornar qualquer coisa, que é o preceito, inviolável ou sagrada."[198] Com isso em mente, deve-se buscar, dentro dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, meios e modos de impedir a transfiguração ou o desvirtuamento da sanção jurídica em uma simples moeda de troca que alguém possa estar disposto a pagar pela possibilidade de transgressão do preceito primário. Impõe-se que a

---

[197] José de Oliveira Ascensão (*op. cit.*, p. 56) observa que: "Justamente a cominação de sanções criou em certos setores a convicção de que a ordem jurídica não seria também imperativa. O sujeito, colocado perante as conseqüências previsíveis da sua atuação, escolheria a omissão da conduta proibida ou a sujeição às conseqüências. Pelo menos a ordem jurídica (ainda que o raciocínio fosse generalizável a outras ordens normativas) revestiria assim uma condicionalidade plena. Nesta posição dir-se-ia que a regra contém um *imperativo hipotético*, em todos os sentidos da expressão.
Se bem que seja difícil apresentar aspectos concretos em que um e outro entendimento cheguem a resultados divergentes, em todo o caso esta posição representa uma tal deformação do dado jurídico que nos parece logo dever, só por isso, ser rejeitada. A partirmos de semelhante pressuposto, a construção científica da realidade jurídica, que fizéssemos depois, estaria sujeita aos maiores desvios."
[198] CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do Direito*, p. 114.

sanção seja concretamente sentida tal como foi abstratamente concebida: uma forma de proteção de um preceito que encerra um dever primário ou originário.

As sanções podem ser classificadas de acordo com a função que exercem. Por essa perspectiva, as sanções, de acordo com José de Oliveira Ascensão, seriam divididas em: compulsórias, reconstitutivas, compensatórias, preventivas e punitivas.[199]

A sanção *compulsória*, de relativamente escassa aplicação, consiste em medida que visa a compelir o devedor à realização, ainda que tardiamente, da conduta que deveria ter realizado. É o caso da prisão do devedor de alimentos e do depositário infiel, admitida pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal; *reconstitutiva* é a sanção que impõe a reconstituição em espécie da situação anterior à transgressão da ordem jurídica. Assim, por exemplo, a expulsão do invasor de um terreno ou a apreensão de bem móvel que se encontre em poder do devedor; sanção *compensatória* é aquela que, ante a impossibilidade de reconstituição da situação de fato anterior à violação do direito, impõe o pagamento de uma soma em dinheiro como equivalente do dano patrimonial ou atenuação do dano moral; *punitiva* é a sanção representativa de uma reprovação jurídica da conduta ilícita e que lhe serve de castigo ou retribuição; finalmente, sanção *preventiva* é a medida jurídica que tem por finalidade precípua prevenir violações futuras por parte daquele que já incorreu em um ilícito, cuja reiteração se receia.

Para os fins do presente estudo, interessa o exame de duas dessas espécies de sanção: a *pena* e a *reparação*, que serão observadas mais de perto.

---

[199] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 58.

4.2. A PENA

O estudo das finalidades da pena é fundamental para o exame crítico-dialético da questão principal aqui enfocada. O cabimento de uma indenização de caráter punitivo em caso de dano moral depende, necessariamente, da compatibilidade das finalidades da pena com os objetivos da responsabilidade civil, no que concerne especificamente àquela espécie de dano.

Várias são as teorias que buscam o fundamento ou a razão de ser da pena. Todas elas gravitam em torno de duas idéias básicas: a *retribuição* e a *prevenção.* Assim é que, vinculadas a uma dessas idéias ou a ambas, formaram-se três classes de teorias: as *absolutas* (de retribuição ou retributivistas), as *relativas* (utilitárias ou utilitaristas) e as *mistas* (unitárias ou ecléticas).[200]

As *teorias absolutas* fundam-se na *retribuição.* Para elas a pena é a retribuição do mal com o mal; é exigência de justiça. Ao mal do crime deve contrapor-se o mal da pena. Só assim se restaura a igualdade no ordenamento jurídico.

O crime é a negação do Direito, e a pena, como negação do crime, constituiria uma negação da negação, ou seja, anularia o crime, afirmando ou restabelecendo o Direito.

A pena, aqui, constituiria uma exigência ética profunda da consciência humana.[201]

As teorias retributivistas modernas demonstram grande preocupação com a questão da justiça, ou seja, com a pena justa, tanto em relação ao fato, quanto em relação ao sujeito que realizou o fato. Tais teorias contribuíram para o desenvolvimento do princípio da culpabilidade: a responsabilidade está vinculada à reprovabilidade da conduta do sujeito.

Não deixa de haver um certo sentimento de vingança na função retributiva da pena, que não consegue fugir da marca negativa do talião.

---

[200] NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, v. 1, p. 217.
[201] COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. v. 1, p. 123.

Já para as *teorias relativas*, a pena tem uma finalidade essencialmente prática ou utilitária. A preocupação dessas teorias não é com o "porquê" da pena, mas com o seu "para quê".

A pena deve ser racional, impossibilitando que as pessoas pratiquem crimes ou emendando aqueles que já delinqüiram para que não cometam outros delitos. A finalidade da pena é impedir a prática de crimes através da coação psíquica (ameaça) ou física (segregação). Conclui-se, então, que a pena deve servir como *prevenção* ao crime.

Nessa ordem de idéias, fala-se em *prevenção geral* e em *prevenção especial*.[202]

A *prevenção geral* se baseia na suposição de que a pena cominada em abstrato consiste numa intimidação a todos, pela ameaça de aplicação àqueles que cometerem infrações. Buscam-se resultados do tipo intimidativo-dissuasivo em relação a todos os potenciais infratores.[203]

A *prevenção especial* é a que atua sobre o agente ao ser imposta em concreto. Supostamente, a aplicação concreta da pena atuaria sobre o criminoso, não só impedindo-o fisicamente de cometer delitos durante a execução da pena (quando aplicada pena restritiva de liberdade), mas intimidando-o para que não volte a delinqüir no futuro. A pena teria um cunho intimidativo dissuasivo em relação ao agente concreto.[204]

Por fim, as *teorias mistas* procuram a conciliação entre as idéias de *retribuição* e *prevenção*. A pena teria esse duplo aspecto. Ela tanto consistiria numa retribuição pelo mal causado, sob o aspecto da justiça, como também deveria perseguir a prevenção geral e a especial, buscando o aspecto prático ou utilitário.

---

[202] JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. v. 1, p. 457.
[203] COSTA JR., Paulo José da. *Op. cit.*, p. 129.
[204] *Ibidem*, p. 130.

A legislação ocidental penal moderna é, hoje, fundada nas idéias tanto de *retribuição* quanto de *prevenção*. As teorias mistas, portanto, têm prevalecido.

## 4.3. A REPARAÇÃO

A construção da moderna teoria da responsabilidade civil encontra-se fundada na idéia de reparação. Assegurar à vítima lesada a recomposição da situação anterior ao dano por ela sofrido é a função principal da responsabilidade civil.[205] É o mais elementar sentimento de justiça que inspira a idéia de obrigar o causador do dano a repará-lo.[206]

*Indenizar*, *ressarcir* e *reparar* são termos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência de forma mais ou menos intercambiável. E, efetivamente, as definições dadas pelos léxicos a tais vocábulos autorizam essa permuta. Na conceituação de cada uma dessas palavras encontra-se alusão às demais. Assim é que a expressão *indenizar* é definida como: "Dar indenização ou reparação; compensar, ressarcir".[207] O termo *ressarcir* é definido como: "Indenizar, compensar, reparar".[208] O vocábulo *reparar* possui como primeira acepção: "Fazer reparo ou conserto em; consertar, restaurar, refazer"; mas, logo adiante, é encontrado o sentido de: "Indenizar, compensar, ressarcir".[209] Cada vocábulo traz, em maior ou menor intensidade, a noção primeira de *restauração de um estado anterior*. A finalidade precípua da indenização ou reparação, seria, pois, a de restabelecimento ou reconstituição de uma situação anterior que existiria se não tivesse ocorrido o evento danoso.[210] Indenizar, nesse sentido,

---

[205] Por todos, VINEY, Geneviève e JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, p. 1. Assim também DINIZ, Maria Helena (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7, p. 113): "(...) o primordial efeito da responsabilidade civil é a reparação do dano, que o ordenamento jurídico impõe ao agente. A responsabilidade civil tem, essencialmente, uma função reparadora ou indenizatória."
[206] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 24.
[207] De acordo com o Dicionário Aurélio – Século XXI.
[208] *Ibidem*.
[209] *Ibidem*.
[210] COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções de Direito Civil*, p. 123.

significa ressarcir o prejuízo ou tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado.[211]

O art. 944 do Código Civil brasileiro estabelece: "A indenização mede-se pela extensão do dano." Consagra o dispositivo o princípio da *restitutio in integrum*, pelo qual o dano deve ser integralmente reparado, com a reposição da vítima ao estado em que se encontrava antes da lesão ou, em não sendo possível a restauração da situação anterior, através de um equivalente monetário. O parágrafo único do mesmo dispositivo, porém, relativiza o princípio, determinando que: "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização."

A reparação do dano pode ser *específica* (em espécie, natural ou *in natura*) ou *por equivalente*. Dá-se a *reparação específica* com a reconstituição da situação de fato anterior ao dano, como se este não tivesse ocorrido. Em regra, traduz-se em uma obrigação de dar ou de fazer.[212] Assim, a entrega do próprio objeto[213] ou, em se tratando de bem fungível, de outro da mesma espécie; o conserto do veículo danificado ou a reconstituição da plantação destruída.[214] Pode ainda consistir em uma obrigação de desfazer, como é a demolição de um muro levantado ilegalmente.

Essa forma de reparação pressupõe a possibilidade material e jurídica de cumprimento da obrigação.[215] Com efeito, nem sempre se mostra possível a reparação *in natura*, seja porque, em se tratando de obrigação de dar coisa certa, o objeto não mais existe, foi destruído,

---

[211] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, v. 4, p. 201.
[212] Pode também consistir em uma obrigação de pagar, quando o dano for pecuniário.
[213] Como no exemplo, citado por Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*, vol. 2, p. 846), do empregado que, tendo permitido o furto de uma jóia, a recupera, devolvendo-a ao dono.
[214] No entender de Matilde Zavala de Gonzalez (*Ressarcimiento de daños*. 1999, p. 468): "Não constitui ressarcimento natural a assunção pelo responsável da tarefa de restaurar bens deteriorados (de tal modo, a eleição da oficina para reparar um automotor, trasladá-lo a tal fim e devolvê-lo à vítima em boas condições). A nosso juízo, isto é um pagamento por equivalente, em que o responsável assume os gastos em lugar da vítima." Parece-nos, porém, que a circunstância de o responsável se incumbir diretamente da tarefa de restauração ou reparação do bem é exatamente o que caracteriza a reparação natural. É, *mutatis mutandis*, o que ocorre, também, na reposição de bem fungível destruído, tido pela autora como caso típico de reparação natural. Assim, se aceito fosse o seu entendimento, válido seria concluir também que o responsável que entrega bem fungível em substituição ao danificado apenas assumiu os gastos em lugar da vítima para a aquisição do novo bem.
[215] PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*, p. 310.

perdido ou não mais se encontra em poder do responsável; seja porque, em se tratando de obrigação de fazer infungível ou personalíssima, o devedor se recusa a cumpri-la.[216]

Há situações nas quais é impossível devolver a vítima ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito, por ser irremovível o mal causado. É o que ocorre, por exemplo, com a destruição de uma obra de arte, que por ser única, não pode ser substituída. É o que sucede, também, com o mal causado à vítima de homicídio ou à mulher menor e virgem que foi deflorada, pois não é possível devolver a vida ao primeiro, nem a castidade à segunda.[217]

Quando impossível a restituição do bem lesado ou a restauração da situação de fato anterior à lesão, a indenização, comumente, traduz-se no pagamento de uma soma em dinheiro, pela qual se busca restabelecer em termos econômicos o patrimônio diminuído ou depreciado da vítima.[218] Fala-se, então, em *reparação por equivalência* ou *compensação.*[219] Vem ela prevista expressamente no art. 947 do Código Civil: "Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente."[220]

---

[216] O credor de obrigação de fazer pode buscar o cumprimento *in natura* da obrigação através da imposição de multa diária (*astreintes*). Frustrado, porém, esse meio lícito de coerção, resta-lhe tão somente a conversão da obrigação em perdas e danos, pois não é possível forçar o devedor ou responsável a fazer o que não deseja. Neste sentido, o ensino de Caio Mário: "Quando a prestação consiste em um *facere* e se impossibilita (não sendo fungível não pode ser realizada por outrem), e como de regra ninguém pode ser compelido coercitivamente à prestação de um fato precisamente – *nemo ad factum precise cogi potest* – a conseqüência é a conversão do débito no *id quod interest*." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 330).
[217] RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 202.
[218] ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*, p. 143.
[219] BREBBIA, Roberto H. *El daño moral*, p. 68/69. Observa o autor, com propriedade, que a reparação por equivalência pode se dar por modos distintos da entrega de uma soma em dinheiro, como, por exemplo, pela entrega de um objeto similar ao destruído ou danificado.
[220] A despeito de, em um caso concreto, haver possibilidade material e jurídica da reparação natural, o lesado tem a faculdade de optar pela reparação por equivalente, sempre que esta lhe parecer mais conveniente. Neste sentido, Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7, p. 114), para quem a reconstituição natural: "às vezes, mesmo sendo possível, é inconveniente ao interesse do lesado." O Código Civil argentino prevê expressamente, na parte final do art. 1.083, a opção do lesado pela indenização por equivalente: "*Artículo 1083 El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero.*" Em escólio ao referido dispositivo, Jorge Mosset Iturraspe (*Responsabilidad por daños*, t. I, p. 385) observa que, em muitas hipóteses, a reparação natural pode ser contrária aos interesses do lesado: "*a) Por ser ser insuficiente como satisfação; b) por não ser o responsável o mais indicado para reparar os prejuízos causados por sua incúria ou má intenção; c) por temor ao descumprimento da nova obrigação de fazer (reparar* in natura*), e d) por ser mais necessário ao lesado o dinheiro que a reparação do dano,* etcétera." Por outro lado, em caráter excepcional, o responsável poderá pedir que a reparação *in natura* se converta em indenização pecuniária, quando aquela se mostrar excessivamente onerosa para ele. De acordo com Matilde Zavala de Gonzalez (*Ressarcimiento de daños*, v. 4, p. 469): "(…) *ainda que seja 'materialmente' factível, não há possibilidade 'jurídica' de reparar em espécie (ainda que o lesado assim o peça), quando ela resulta*

## 4.4. A REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Em sede de dano moral, a reparação *in natura* é, no comum dos casos, impossível. Não há como reparar, de forma específica, o dano consistente na perda de um ente querido, nem certas lesões graves à integridade física. Tampouco há como apagar da memória da vítima os sofrimentos físicos e espirituais decorrentes de agressões a direitos da personalidade. Mas, embora não seja concebível reparar as reações psicológicas decorrentes do dano moral, é possível, no entanto, idealizar formas de reparação para algumas *conseqüências externas* dessa espécie de dano. Pode-se, por exemplo, imaginar o pleno êxito de uma cirurgia reparadora para a correção de um dano estético, que não apaga, repita-se, a impressão que o ato lesivo à integridade física causou no espírito da vítima.

Em caso de ofensa à honra por meio da imprensa, a vítima pode obter a publicação de uma retratação do ofensor no mesmo jornal e com o mesmo destaque dado à ofensa. Pode, ainda, publicar uma réplica ou a sentença condenatória do autor do dano às custas deste. Mas essa reparação, justamente porque atua apenas sobre as conseqüências externas do dano moral e, mesmo assim, sem que haja segurança acerca de sua eficácia, não dispensa a indenização em dinheiro.[221] Embora as técnicas de reparação específica, como a retratação do ofensor, constituam um desagravo e satisfaçam em certa medida o lesado, cumprindo uma função "parcialmente neutralizadora do prejuízo",[222] não significam a reparação completa do dano, como adverte Zavala de Gonzalez: "Com efeito, a retratação não apaga a ofensa, nem

---

*excessivamente onerosa, em comparação com a indenização em dinheiro. O direito ressarcitório deve exercer-se funcionalmente e com razoabilidade.*"

[221] Ver BREBBIA, Roberto H. (*El daño moral*, p. 223): "Em casos de injúrias ou calúnias, por exemplo, a reação psicológica provocada pela ofensa pode ser irreparável, mas em seu aspecto externo as coisas podem ser retrotraídas à situação anterior ao fato. Assim, na sentença que condene o ofensor poderá ordenar-se a retirada de um cartaz injurioso, a destruição do libelo infamante ou a retratação do ofensor pelos mesmos meios com que se ocasionou o agravo; sem prejuízo, por certo, da indenização em dinheiro que corresponda acordar."

[222] GONZALEZ, Matilde Zavala de. *Op. cit.*, p. 472.

significa que esta não tenha existido; portanto, não elimina os efeitos lesivos já produzidos no patrimônio ou no espírito do ofendido."[223]

Em muitos casos de dano moral, principalmente quando se cuida de ofensa à honra, é interessante a combinação das formas de ressarcimento. As técnicas de reparação específica atuam como forma complementar em relação à reparação pecuniária, atenuando em alguma medida os efeitos do dano. Atinge-se, assim, de maneira mais aproximada a finalidade da reparação integral.[224]

Na maioria das vezes, impõe-se reconhecer que o dano moral não comporta a reparação *in natura*, de modo que a resposta jurídica para essa modalidade de dano vem, usualmente, sob a forma de indenização em dinheiro. De modo geral, é impossível a recomposição ou reparação, ainda que parcial, do bem personalíssimo lesado, como no caso de dano à vida, de lesão grave consistente na perda de um membro ou de um sentido, da injúria real e de outras tantas situações, para as quais resta apenas o sucedâneo da indenização pecuniária. Mesmo em se tratando de danos em relação aos quais é teoricamente cogitável a reparação *in natura*, muitas vezes a repercussão concreta do dano pode tornar inócua essa forma de reparação. Assim, por exemplo, certos casos de ofensa à honra por meio da imprensa podem ganhar uma proporção tão grande que nenhum desmentido posterior será capaz de reduzir os danos sofridos. Resta, assim, a indenização pecuniária como a única resposta do ordenamento jurídico ao dano moral.

Mas, se em relação ao dano material a indenização em dinheiro representa normalmente um *equivalente* do dano, por se prestar a reconstituir economicamente o patrimônio afetado ou diminuído, no tocante ao dano moral essa relação de equivalência não

---

[223] *Ibidem*, p. 473. No original: "*En efecto, la retratación no borra la imputación, nem significa que ésta no haya existido; por tanto, no elimina los efectos lesivos ya producidos en el patrimonio o en el espíritu del ofendido.*"

[224] Conforme observa Pizarro: "As diferentes formas de reparação do dano não resultam de modo algum incompatíveis entre si. Pelo contrário, freqüentemente se complementam e podem ser 'conjuntamente utilizadas para lograr uma reparação integral'." PIZARRO, Ramón Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, p. 506).

existe. Porque os bens integrantes da personalidade não são quantificáveis em pecúnia, ou seja, não têm um preço, não é possível afirmar que uma soma em dinheiro constitua um *equivalente* do bem atingido. Essa foi uma das razões pelas quais se negou, durante muito tempo, a reparabilidade do dano moral. Todavia, a necessidade de uma resposta jurídica a essa espécie de dano levou a doutrina e a jurisprudência, ao final, a admitir a indenização pecuniária como forma, ainda que imperfeita, de sanção para o dano moral. Primeiro, isso se deu em casos pontuais, depois, de maneira genérica. Aceita a tese da indenizabilidade do dano moral, passou a doutrina a discutir o papel desempenhado por essa forma de reação jurídica. Passem-se, pois, em revista as teorias a respeito da indenização do dano moral.

#### 4.4.1. Teorias negativistas da reparação do dano moral

Conquanto se encontre inteiramente abandonada a tese da irreparabilidade do dano moral, um exame, ainda que breve, de algumas das razões então apresentadas para sustentar aquela posição pode mostrar-se útil para auxiliar a compreensão do tema aqui estudado.[225]

Uma das objeções à reparabilidade do dano moral consistia na alegada incerteza a respeito da existência dessa espécie de dano, na suposta dificuldade ou até mesmo na impossibilidade de comprová-lo em juízo. Essa objeção, é fácil perceber, prende-se à noção de que o dano moral se confunde com a dor, elemento psicológico que não pode ser comprovado, a não ser, em alguns casos, de forma indireta, pela reação externa da vítima, embora até essa possa constituir uma representação ou encenação. Mas, como se viu, dano moral não se resume a dor, nem é a expressão desta que normalmente o denuncia. O dano moral consiste na violação de algum daqueles interesses juridicamente tutelados que integram

---

[225] Para maior aprofundamento acerca das teses contrárias à reparação do dano moral, vejam-se SILVA, Wilson Mello da. *O dano moral e sua reparação*, p. 336 *et seq.*; BREBBIA, Roberto H. *El daño moral*, p. 87 *et seq.*

a personalidade. Em razão disso, é suficiente a comprovação da existência de um ato lesivo a algum desses interesses para que esteja, *ipso facto*, demonstrada a existência do dano moral.

É verdade que algumas situações particulares podem apresentar dificuldades, tais como a do dano decorrente da morte de um ente querido, típico caso de dano indireto ou em ricochete. Não há dúvida quanto à existência de dano moral do filho em razão da morte do pai, ou do pai em relação ao filho, ou de um cônjuge em relação ao autor. Mas, fora dessas situações objetivas em que a relação de parentesco é suficiente para indicar a existência do dano, a subjetividade governa. E aqui aparece uma outra objeção à reparabilidade do dano moral: a indeterminação do número de pessoas lesadas. Porém, como observa Silvio Rodrigues, essa dificuldade pertence ao campo do direito probatório e pode estar presente tanto em relação ao dano material quanto no que concerne ao dano moral.[226] Caberá então, em se tratando de pessoa sem relação de parentesco ou que tenha parentesco distante, indagar não propriamente da dor, mas da existência de fatos objetivos que demonstrem uma anterior proximidade da pessoa com a vítima direta do dano, a ponto de justificar uma indenização por dano moral.

Para combater a reparabilidade do dano moral, falava-se, também, na imoralidade em compensar a dor com dinheiro. A tal objeção responde-se que imoralidade maior seria deixar sem resposta jurídica o dano, mormente quando este se dirige contra os interesses mais caros do ser humano.

Mencionava-se, ainda, a impossibilidade da avaliação do dano moral. Sucede que a circunstância de os bens da personalidade não serem conversíveis em pecúnia não pode constituir justificativa para uma ausência de sanção para o dano moral. Brebbia, seguindo

---

[226] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, p. 207. No mesmo sentido, Brebbia, que observa, acertadamente, que, se a objeção fosse procedente, serviria para impugnar não apenas a reparabilidade do dano moral, mas também a do dano patrimonial, uma vez que "o número de pessoas prejudicadas pecuniariamente pela morte de uma pessoa pode ser infinito e o Direito não confere a todas elas a faculdade de demandar contra o responsável pela falecimento." (BREBBIA, R. H. *Op. cit.*, p. 95). No original: "(…) *el*

lição de Minozzi, observa que essa objeção nasce do equívoco de se confundir a *cessão* de um bem pessoal com a *reparação* de um bem dessa espécie.[227] A primeira, induvidosamente, repugna à moral, pois não se concebe que sejam passíveis de alienação a honra, a integridade física, a vida; já a segunda, é um imperativo de justiça, uma vez que não se admite que o mal causado fique sem algum tipo de sanção. A impossibilidade de encontrar equivalência entre o bem personalíssimo lesado e o dinheiro, em decorrência da heterogeneidade existente entre ambos, não pode servir de pretexto para a irreparabilidade do dano.[228] O dinheiro, ante a impossibilidade de reconstituição da situação anterior ao dano moral, deve ser aceito, antes de tudo, como um meio civilizado de sancionar o ato lesivo.

Outra objeção era a de que a indenização do dano moral provocava um enriquecimento sem causa da vítima. Responde-se a ela, em primeiro lugar, com a ponderação de que dificilmente a vítima preferirá substituir o bem personalíssimo lesado por dinheiro. Além disso, a idéia de enriquecimento sem causa não se emprega, sem artificialismos, em relação aos bens imateriais.[229] Por outro lado, a indenização do dano moral não pode ser reputada sem causa, porque representa uma resposta ao dano que atinge o patrimônio ideal da vítima.[230]

### 4.4.2. Teorias restritivas da reparação do dano moral

A superação da idéia da irreparabilidade do dano moral se deu de forma paulatina. Surgiram as teorias restritivas que reconheciam a reparabilidade do dano moral em situações

---

*número de personas perjudicadas pecuniariamente por la muerte de una persona puede ser infinito y el Derecho no le acuerda a todas ellas la facultad de accionar contra el responsable del fallecimiento.*"

[227] BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, p. 92.

[228] Orgaz assinala que: "O erro dessa objeção radica em não observar que o dinheiro não desempenha na reparação dos danos morais o mesmo papel que na indenização dos danos materiais." (ORGAZ, Alfredo. *El Daño ressarcible*, p. 226). No original: "*El error de esta objeción radica en no advertir que el dinero no desempeña en la reparación de los daños morales el mismo papel que en la indemnización de los daños materiales.*"

[229] SILVA, Wilson Melo da. *Op. cit.*, p. 382.

excepcionais, expressamente previstas em lei, como previsto no Código Civil alemão,[231] ou quando o dano moral viesse acompanhado de alguma repercussão patrimonial. Igualmente restritivas são as teorias que excluíam o direito à reparação em certos casos, como os que envolvem o descumprimento de obrigação contratual.[232]

Exemplo de ordenamento jurídico que abraçava o dano moral apenas em situações pontuais é o brasileiro antes da Constituição Federal de 1988. O Código Civil de 1916, como já observado, indicava algumas situações específicas de dano moral indenizável. Outras leis vieram aumentar esse rol, até a entrada em vigor da atual Constituição, que previu genericamente a indenização para essa espécie de dano no art. 5º, incisos V e X.

Muitos julgados antigos, antes da consagração constitucional do dano moral, entendiam que somente seria indenizável a repercussão material daquela espécie de dano.[233] Mas isso equivalia, na prática, a não reconhecer o dano moral, uma vez que a reparação se destinava a atender à diminuição do patrimônio material da pessoa. O que se indenizava, na verdade, era tão-somente o dano material.

### 4.4.3. A indenização do dano moral como pena privada

A identificação da indenização do dano moral com a pena privada foi defendida por Georges Ripert, para quem, ocorrido um dano moral puro, ou seja, não cumulado com um dano material, as ações das vítimas seriam intentadas *vindictam spirantes*, ou seja, seriam inspiradas unicamente pelo desejo de obter uma forma de punição do autor do dano. Para o mestre francês, a idéia de substituição de um bem desaparecido por uma satisfação pecuniária

---

[230] *Ibidem*, p. 383.

[231] Estabelece o § 253 do BGB: "Em caso de danos que não causem prejuízo pecuniário, somente nos casos previstos em lei pode ser fixada uma indenização em dinheiro." No original: "*Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.*"

[232] BREBBIA, Roberto. H. *Op. cit.*, p. 97.

seria possível em caso de gozo material dos bens, mas “seria profundamente imoral dizer que aquele que foi atingido nos seus sentimentos se consolaria graças à indenização que recebesse”.[234] Seu ponto de vista, contrário à idéia de um caráter compensatório da indenização do dano moral, era alimentado por exemplos tirados da jurisprudência da época:

> Para que apareça o caráter chocante de tal concepção, basta enumerar alguns casos em que uma pessoa pode obter reparação de prejuízo moral que lhe foi causado: o filho atingido na sua afeição pela morte do pai, o marido enganado que reclama uma indenização à uma mulher adúltera e ao cúmplice, ou a mulher ao marido, o pai de família ferido nos seus sentimentos religiosos pela educação dada ao seu filho ou nos direitos paternais pelo sacramento que lhe foi conferido contra a sua vontade, o destinatário de prospectos obscenos ferido no seu pudor, o cônjuge que não obtém do outro cônjuge o cumprimento do dever conjugal. (...)
>
> O que na realidade visa a condenação do autor não é a satisfação da vítima, mas a punição do autor. As perdas e danos não tem o caráter de indenização, mas caráter exemplar.[235]

Savatier reconhecia que a indenização do dano moral desempenhava o papel de pena privada, mas apenas em situações particularmente graves. Argumenta que repugnaria a consciência de todos a idéia de que uma soma em dinheiro pudesse de alguma forma compensar um atentado ao pudor ou à honra da vítima, ou a perda de um filho. Segundo o autor:

> Atribuir à vítima o objetivo de reparar um sofrimento tão grande através de uma alegria tão vulgar seria torná-la desprezível. É necessário, pois, um outro fundamento para a sanção pecuniária.
> Ela vem a ser, então, uma pena privada. Imbuídos de um instinto de justiça e de equilíbrio, os tribunais se recusam a privar de sanção o ato responsável que tenha causado um grave dano moral.[236]

---

[233] Ver SILVA, Wilson Melo da. *Op. cit.*, p. 531 *et seq.* O autor arrola vários julgados antigos que adotavam tal entendimento.
[234] RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*, p. 338.
[235] *Idem.*

### 4.4.4. A indenização como compensação ou satisfação

A identificação da indenização do dano moral com a pena não angariou a adesão da maioria da doutrina, que, todavia, reconhecia que a indenização, nessa espécie de dano, exerce função diversa da desempenhada em relação ao dano material. Considerou-se que sua finalidade não é alcançar uma equivalência de índole patrimonial entre o dano e a indenização, mas proporcionar uma forma de *satisfação* ou *compensação* ao ofendido, ainda que imperfeita.[237]

Neste ponto, convém esclarecer que os vocábulos *satisfação* e *compensação* recebem tratamento diferenciado de uma parte da doutrina, que lhes confere significados bem específicos. Brebbia argumenta que somente admite indenização compensatória o dano suscetível de ser avaliado adequadamente em dinheiro, como no caso do dano material em geral; mas quando o dano não admite uma estimativa pecuniária, como ocorre com o dano moral, a indenização pecuniária deve assumir uma função de satisfação da vítima. A *compensação* estaria, portanto, vinculada aos danos patrimoniais, enquanto a *satisfação*, aos danos extrapatrimoniais.[238] A doutrina e a jurisprudência, no entanto, geralmente empregam essas expressões como sinônimas. Assim sendo, para evitar confusões conceituais quando da citação de trabalhos doutrinários e julgados, as expressões serão usadas no presente trabalho como intercambiáveis.

É certo que o dano moral não se apaga, nem desaparece pela soma de dinheiro que se venha a conceder à vítima. A indenização pecuniária atuaria, no entanto, como forma de

---

[236] SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, v. 2, p. 93. No original: "*Prêter à la victime le but de faire réparer une souffrance aussi hautepar une joie aussi vulgaire, serait la rendre méprisable. Il faut donc um autre fondement pour la comndanation pécuniaire.*
*Elle devient alors une peine privée. Dans un instinct de justice e d'équilibre, les tribunaux se refusent à priver de sanction l'acte responsable ayant causé u grave dommage moral.*"
[237] PIZARRO, R. D. *Op. cit.*, p. 77.

aliviar o sofrimento do ofendido. O dinheiro seria, assim, um lenitivo, para que a vítima pudesse obter alívio para a dor injustamente padecida, permitindo-lhe procurar satisfações substitutivas.[239] Nessa linha de pensamento, Christino Almeida do Valle pondera que "a alegria, o prazer e o entretenimento, que somente o dinheiro é capaz de permitir, ajudam a proporcionar euforia às pessoas. Isso enseja o afastamento, o mais possível, dos sofrimentos físicos e morais. Por isso, os danos morais, ainda que ditos irreparáveis, não podem deixar de ter sua reparação." E arremata: "Ainda que a compensação não seja absoluta, pode haver uma parcela mínima dela suficiente para a amenização. O que não deixa de constituir compensação."[240]

Essa função da indenização pelo dano moral é salientada por Arnaldo Marmitt, para quem: "No dano moral o ressarcimento identifica-se com a compensação. É uma reparação compensatória."[241]

No mesmo sentido, Augusto Zenun observa que na reparação do dano moral busca-se proporcionar sucedâneos "no sentido de se avaliarem ou de se arredarem aqueles males que afligem o sofredor".[242]

Seguindo a mesma linha, Clayton Reis afasta a idéia de uma função punitiva como característica própria da indenização do dano moral. Fundado no princípio da reparação integral como pressuposto do processo indenizatório, manifesta seu entendimento pela função compensatória da indenização:

> Finalmente, é inequívoco que para o lesado o *quantum* indenizatório possui uma função de compensação pela "quebra da sua paz", e objetiva, na medida do possível, restabelecer o seu ânimo violado. Mas, nesse aspecto, o processo indenizatório há de consolidar a idéia definitiva de que se trata de uma restituição em nível de equivalência, sob pena de o processo indenizatório não atender aos pressupostos

---

[238] BREBBIA, R. H. *Op. cit.*, p. 69.
[239] STIGLITZ, Gabriel e ECHEVESTI, Carlos A. *et al. Responsabilidad Civil*, p. 246.
[240] VALLE, Christino Almeida do. *Dano moral*, p. 46.
[241] MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*, p. 131.
[242] ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*, p. 123.

> formais da responsabilidade civil, bem como negar aplicação ao preceito constitucional sedimentado na idéia de que a indenização seja proporcional ao agravo.[243]

Do mesmo pensar é Pizarro, para quem, em matéria de dano moral, a indenização pecuniária: "(...) tem uma função satisfatória para a vítima. Não se trata de prostituir a dor, colocando-lhe um preço, nem de degradar sentimentos excelsos por esta via, mas de oferecer, a partir de uma ótica jurídica, uma resposta razoável através de uma compensação."[244]

### 4.4.5. A dupla função da indenização do dano moral. Tese mista ou funcional

Atualmente, tem prevalecido o entendimento de que a indenização pelo dano moral não cumpriria apenas o papel de compensação pelo dano ou de satisfação concedida à vítima. A doutrina, de modo geral, acentua a *dupla função* da indenização do dano moral: a função de *expiação*, em relação ao culpado, e a função de *satisfação*, em relação à vítima.[245] Nessa linha de entendimento, Caio Mário pondera que na indenização por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas:

> I) *punição* ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma *satisfação* de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material (Mazeaud e Mazeaud, ob. cit., nº 419; Alfredo Minozzi, Danno non patrimoniale, nº 66) o que pode ser obtido 'no fato' de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança (Von Tuhr, Partie Générale du Code Fédéral des Obligations, I, § 106, *apud* Sílvio Rodrigues, *in* loc. Cit.). A isso é de acrescer que na reparação por dano moral insere-se a solidariedade social à vítima."[246]

---

[243] REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p. 274.
[244] PIZARRO, Ramón Daniel. *Op. cit.*, p. 87.
[245] Cf., dentre outros: GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 330; e SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*, p. 62.
[246] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 338.

Essa "dupla face" da indenização do dano moral é apontada por Sergio Cavalieri Filho, que enxerga, ao lado da finalidade satisfatória, uma função punitiva para essa indenização:

> Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica *função satisfatória*, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as conseqüências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação –, que, além de diverso do ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava "substituição do prazer, que desaparece, por um novo". Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como um a espécie de *pena privada* em benefício da vítima.[247]

Para Ronald Sharp Junior, duas forças convergem na idéia de reparação do dano moral: "uma de caráter punitivo ou aflitivo (castigo ao ofensor) e outra compensatória (compensação como contrapartida do mal sofrido)". Pelo ângulo compensatório, a indenização funcionaria como um lenitivo, pois "ninguém duvida, por exemplo, da enorme satisfação de pagar estudos ou tratamento médico a um filho com o produto da indenização por dano moral, quando antes isto não era economicamente possível à vítima." Concomitantemente, a indenização em dinheiro "deve servir para impor uma pena ao lesionador, de modo que a sua diminuição patrimonial opere como um castigo substitutivo do primitivo sentimento de vingança privada do ofendido." Conclui o autor: "Essa dupla finalidade compensatória e punitiva constitui o meio que o Estado tem de alcançar a restauração da ordem rompida com a prática da lesão moral."[248]

---

[247] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 96.
[248] SHARP JR., Ronald A. *Dano moral*. 2001, p. 12.

Antonio Jeová Santos pondera que a questão deve ser vista por dois ângulos diversos: "A reparação do *dano moral* é vista pela vítima como ressarcitória e sob o enfoque do autor do ilícito, como uma sanção. Por isso, o afastamento de qualquer dogma que aprisione em camisa-de-força critérios apriorísticos que parecem puros. Daí o caráter dúplice que deve revestir a reparação do *dano moral*."[249]

Esta tem sido a orientação seguida pelo Superior Tribunal de Justiça:

> Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.[250]

> A indenização pelo protesto indevido de título cambiariforme deve representar punição a quem indevidamente promoveu o ato e eficácia ressarcitória à parte atingida.[251]

> O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o *quantum* contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter, mostrou-se insuficiente o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais, a reclamar majoração.[252]

---

[249] SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 164.
[250] STJ, RESP 487749/RS – DJU de 12.5.2003 – 2ª Turma – Rel. Min. Eliana Calmon.
[251] STJ, RESP 389879/MG – DJU de 2.9.2002 – 4ª Turma – Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.
[252] RESP 183508/RJ – DJU de 10.6.2002 – – 4ª Turma – Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

## 4.5. O HIBRIDISMO DA SANÇÃO REPARATÓRIA

Já se assinalou na doutrina que a reparação constitui forma de sanção híbrida que estaria a meio caminho entre satisfação e aflição. Ao mesmo tempo que traz para o lesado uma compensação pelo interesse lesado, impõe um sacrifício ou um mal para o lesante, consistente este último na invasão do seu patrimônio material para a expropriação de um bem com a finalidade de satisfazer o direito violado.

Na lição de Carnelutti, as sanções podem ser de quatro ordens: *restituição*, *pena*, *ressarcimento* e *reparação*. A *restituição*, como o próprio nome indica, tem por objetivo o restabelecimento da situação anterior à inobservância do preceito. Resolve-se, pois, no sacrifício de um interesse idêntico àquele que deve ser sacrificado segundo o preceito, o que denota a finalidade satisfatória da sanção. A *pena* consiste na aplicação de mal ou castigo ao transgressor. Resolve-se no sacrifício de um interesse totalmente diverso em relação àquele revelado pelo preceito, o que indica o seu caráter aflitivo. Já as duas últimas, o *ressarcimento* e a *reparação*, constituem formas de sanção caracterizadas pelo sacrifício de um interesse diferente, mas equivalente (no caso do ressarcimento) ou compensativo (no caso da reparação) do interesse sacrificado pelo preceito. Ambas, a um só tempo, satisfazem o direito do ofendido e impõem uma medida aflitiva ao ofensor. Denota-se, por conseguinte, o caráter híbrido que reveste essas duas formas de sanção.[253]

Com base nessa idéia, vários autores têm observado que a indenização do dano, seja ele material ou moral, já traz, ínsita, a finalidade punitiva, juntamente com a satisfativa. Assim, Yussef Said Cahali, para quem: "o fundamento ontológico da reparação dos danos

---

[253] CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p. 115. Traga-se o ensino do autor: "Tem sido, outrossim, notada a existência, entre as duas espécies de sanções, de duas outras espécies híbridas ou intermediárias, às quais se dão os nomes de ressarcimento e reparação. O seu hibridismo reside em que elas têm o mesmo caráter satisfatório e aflitivo. Tal é possível de harmonia com a lei da equivalência e da compensação dos interesses. O ressarcimento resolve-se no sacrifício de um interesse diferente do interesse sacrificado pelo preceito, mas a ele equivalente; a reparação, no sacrifício de um interesse compensativo desse mesmo interesse."

morais não difere substancialmente, quando muito em grau, do fundamento jurídico do ressarcimento dos danos patrimoniais, permanecendo ínsito em ambos os caracteres sancionatório e aflitivo, estilizados pelo direito moderno."[254] Reconhece o eminente autor que não é possível propriamente haver indenização do dano moral, pois esta pressupõe a eliminação do dano e suas conseqüências. Assim, a reparação do dano moral: "se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa."[255]

Do mesmo modo, Clayton Reis sustenta que a indenização, observando o princípio da equivalência, já preenche as funções punitiva e dissuasória: "Ademais, o ressarcimento em valores efetivos, ao tempo em que cumpre a função de satisfação no espírito da vítima, gera inevitável desconforto na intimidade do lesionador, cujo patrimônio está sendo subtraído para o pagamento da dívida."[256] Em outra passagem, o autor repisa esse entendimento: "(...) conforme já observamos, não resta a menor dúvida de que a condenação indenizatória, quando equivalente, concorre grandemente para gerar desestímulo no espírito do lesionador, fator que atua em sentido oposto à sua pretensão de produzir novos atos atentatórios a outrem."[257]

Não se contesta o argumento de que a imposição do pagamento de uma indenização, traduzida em uma quantia equivalente ou proporcional ao dano, já traga, potencialmente, uma carga ou finalidade de punição ao lesante. Mas parece igualmente fora de dúvida que essa carga de punição ou retribuição é de reduzida intensidade, justamente em razão dessa equivalência entre dano e indenização, equivalência que não se encontra presente na sanção propriamente punitiva.

---

[254] CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 39
[255] *Idem*, p. 42.
[256] REIS, Clayton. *Op. cit.*, p. 161.
[257] *Idem*, p. 164.

Assim, no que diz respeito especificamente ao dano moral, a afirmação de que a indenização, quando fixada em montante que busca tão-somente compensar ou satisfazer a vítima, já traz em si a finalidade punitiva deve ser recebida com reservas. Apenas *abstratamente*, de forma *secundária*, tal indenização estaria a desempenhar o papel de punição. O que imprimiria, *concretamente*, de forma *primária*, caráter de sanção penal à indenização seria justamente a inexistência de equivalência entre o dano e a indenização, com maior peso para esta última. Assim, apenas quando o agente fosse condenado ao pagamento de uma quantia cujo valor ultrapassasse o montante considerado necessário para a compensação do dano – e somente então – seria possível falar, legitimamente, em uma indenização punitiva ou que tivesse o propósito concreto e primário de punir o ofensor.

## 4.6. A COMPLEXIDADE DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL

A concepção clássica, que vê a responsabilidade civil como forma de reparar o dano ou ressarcir a vítima, não é aplicável ao dano moral. A distinta natureza do dano moral em relação ao dano material é, por si só, indicadora de que a tradicional sanção reparatória não é ordinariamente cabível, pelo menos não sem o recurso a ficções jurídicas. A tutela dos bens personalíssimos não se realiza do mesmo modo que a tutela dos bens materiais ou patrimoniais.

A indenização do dano moral apresenta uma complexidade que não admite reducionismos. Sua finalidade não se limita à satisfação da vítima, nem à punição do ofensor. Tampouco se afigura exata a idéia de que ela desempenharia sempre essas duas funções. O exame de algumas hipóteses de dano moral demonstra a diversidade desse tipo de sanção.

Retome-se a idéia desenvolvida em capítulo anterior de que o dano moral não vem, necessariamente, associado à dor, constrangimento, tristeza, angústia ou outros sentimentos

negativos, que constituiriam não o próprio dano moral, mas a sua conseqüência eventual. O dano moral estaria na ofensa a algum dos direitos da personalidade, independentemente da repercussão psíquica que essa ofensa pudesse vir a causar. Com essa idéia abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação à várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com os doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo (ou que, em razão do próprio ato ilícito, tenham ficado em estado de coma), as crianças de tenra idade, o nascituro, a pessoa jurídica. Em tais situações, constata-se que o paradigma reparatório (aqui considerado em sentido amplo, englobando a compensação ou satisfação) é totalmente inaceitável. A indenização jamais atuaria como lenitivo, compensação ou satisfação. Sua imposição, ainda que se não reconheça expressamente, tem caráter aflitivo, de punição ao infrator pelo mal causado.

De outro lado, não se pode ignorar que, muitas vezes, ainda que se trate de pessoa passível de sentimentos negativos ante o dano moral, a soma em dinheiro entregue à vítima mostra-se totalmente incapaz de trazer-lhe consolo ou compensação pelo mal sofrido. É o que ocorre em casos de danos morais especialmente graves, como os consistentes na perda de ente querido, na lesão grave à integridade física (como a que acarreta a perda da visão, a paraplegia ou a tetraplegia, a amputação de um membro ou um dano estético irreversível que provoque repulsa). Em situações graves como essas, a soma em dinheiro entregue à vítima dificilmente será capaz de proporcionar alguma espécie de consolo, a não ser, talvez, o de constituir uma forma de retribuir ao ofensor o mal por ele causado. Mas aí a finalidade dessa quantia já não será propriamente compensatória ou satisfatória, mas punitiva.

É desconectado da realidade o argumento de que a indenização pelo dano moral sempre visa a compensar o padecimento da vítima com a entrega de uma soma que constituiria uma espécie de satisfação, consolo ou lenitivo. Em muitos casos, admita-se ou não, o que se busca, induvidosamente, é a punição do ofensor. Como imaginar consolo

financeiro pela morte de um filho, cônjuge ou companheiro? Que consolo poderia haver para aquele que perdeu a visão ou ficou tetraplégico? Que compensação seria possível àquele que foi atingido de forma grave em sua honra? A idéia de compensação ou de satisfação, nestas situações, pode, mesmo, soar afrontosa para a vítima. Em casos gravíssimos, em que a esfera personalíssima do indivíduo é atingida de maneira intensa, o que se busca, de forma exclusiva, é a punição do ofensor.

Comumente noticiários de televisão ou jornais trazem declarações de parentes de vítimas de crime ou de acidente que afirmam que irão ajuizar ação de indenização – embora não precisem de dinheiro ou não estejam interessados no recebimento de qualquer quantia, que seria inteiramente incapaz de minorar a dor proveniente do dano –porque pretendem obter alguma forma de justiça ou, mais explicitamente, porque desejam alguma punição para o ofensor. Muitas vezes, declarações dessa natureza, longe de constituírem um simples arroubo, uma fantasia ou impropriedade de leigo, são configuradoras da real motivação daqueles que ajuízam ação de indenização por dano moral. Não são raras as ações em que o autor declara na petição inicial que deseja que o valor da indenização pleiteada seja destinado a alguma instituição de caridade.

Mas não apenas a especial gravidade da lesão é sugestiva da finalidade punitiva da indenização: a própria fortuna da vítima pode revelar a desconexidade entre a soma em dinheiro pleiteada e a idéia de compensação pelo dano sofrido. Com efeito, constituiria puro exercício de ficção imaginar que, para uma pessoa de grande fortuna, o dinheiro possa constituir lenitivo, satisfação ou compensação pelo dano causado à sua honra. Há pessoas para as quais uma indenização em dinheiro atuaria tão-somente como retribuição a um comportamento ilícito ou simplesmente lesivo. Em tais situações, a reparação pecuniária é pleiteada pela vítima apenas como instrumento de punição do ofensor.

Poder-se-ia argumentar que a real motivação da vítima na propositura da ação de indenização por dano moral não é determinante para conferir colorido penal a essa indenização, assim como a motivação da vítima de um dano material não teria o condão de transformar a respectiva reparação em pena. As coisas seriam como são independentemente do que o sujeito pensa a respeito delas. Deixando de lado qualquer discussão filosófica relacionada com o conceito kantiano de "coisa-em-si", há de convir que entre o dano moral e o dano material há um abismo de diferenças, conquanto ambos sejam estudados como fenômenos jurídicos integrantes de uma mesma disciplina.

Que a reparação do dano *patrimonial* não assuma nunca a condição de pena, a despeito da motivação da vítima, compreende-se bem. O que estabelece a natureza reparatória dessa forma de sanção é a sua correspondência valorativa com o dano, ou, em outras palavras, a simetria econômica entre o dano e a indenização, nos termos do já citado art. 944 do Código Civil.

Já no tocante ao dano *moral*, não há falar em correspondência valorativa ou simetria entre o dano e a indenização. A ausência de economicidade ou de "patrimonialidade" do bem afetado ou lesado pelo dano moral impede essa equação. A própria motivação ou finalidade da pessoa atingida pelo dano moral constitui indicativo da feição punitiva que muitas vezes se busca imprimir ao pedido de indenização. Denota-se que, em muitas situações, o papel concretamente desempenhado pela indenização do dano moral encontra-se distanciado do que lhe é traçado de forma ideal pela doutrina clássica. Nem sempre a indenização do dano moral serve de conforto ou consolo, atuando muitas vezes como verdadeira forma de retribuição do mal sofrido.

Admita-se, no entanto, que a motivação da vítima não é capaz de transmudar a finalidade da indenização do dano moral. Com efeito, embora o lesado esteja mobilizado pela idéia de punição, o juízo pode estar convencido de que o caso, por envolver culpa simples do

lesante, demanda apenas a fixação de uma soma que desempenhe a função de compensação do dano. O que importaria, do ponto de vista jurídico, seria o *fim visado pelo julgador*, único intérprete autêntico do Direito, no dizer de Kelsen,[258] e único que poderia, concretamente, imprimir essa ou aquela finalidade à indenização do dano moral, quando da fixação do respectivo *quantum*.

Assim, caberá ao juiz, no caso concreto, sopesando todas as circunstâncias envolvidas, identificar se a indenização do dano moral deve ser fixada a título de compensação ou satisfação da vítima; se deve ser empregada como forma de punição do ofensor; ou, finalmente, se deve realizar ambas as funções. Mais adiante serão analisadas as circunstâncias que deverão ser levadas em conta pelo julgador para decidir se, em caso de dano moral, cabe uma indenização de natureza compensatória, punitiva ou que se proponha a desempenhar ambas as finalidades.

---

[258] Segundo Kelsen: “A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito.” (*Teoria pura do Direito*. 1987, p. 369). Desenvolvendo o seu raciocínio, observa que, comumente, se fala em interpretação autêntica quando esta assume a forma de lei. Mas, verdadeiramente autêntica, por ser criadora de direito no caso concreto, é a interpretação feita pelo órgão julgador. Pela via da interpretação e aplicação do direito: “não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.” (*ibidem*).

## 5. A DOUTRINA DOS *PUNITIVE DAMAGES*

"*Law cannot persuade where it cannot punish.*" (Thomas Fuller)

### 5.1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE *COMMON LAW*

Dentro da tradicional concepção de "família de Direitos",[259] dois dos principais grupos ou sistemas representativos do Direito ocidental são os que compõem a denominada "família romano-germânica"[260] – que, como o nome indica, tem sua origem na Europa Continental, ligada ao antigo Direito romano – e a chamada "família do *common law*",[261] esta última integrada pelo Direito inglês, no qual o *common law*[262] tem suas raízes, e, com algumas exceções,[263] pelos Direitos dos demais países de língua inglesa.[264] Outros países, de língua não inglesa, em conseqüência do histórico predomínio econômico e militar da Inglaterra, receberam os influxos da cultura britânica, adotando, ainda que em parte, conceitos e técnicas característicos do sistema de *common law*. É o caso, por exemplo, da Índia.[265]

A expressão *common law*,[266] dentre outras acepções, é designativa de um sistema jurídico em que a fonte primária do Direito é a decisão ou o precedente judicial

---

[259] DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*, p. 19.
[260] *Ibidem*, p. 27.
[261] *Ibidem*, p. 19.
[262] Adotou-se aqui o emprego do gênero masculino, uma vez que a expressão "*common law*" é mais adequadamente traduzida como "direito comum" do que como "lei comum". O vocábulo "*law*" é polissêmico e na expressão "*common law*" remete à noção de conjunto de regras de conduta. A idéia de lei é passada, preferencialmente, pelo vocábulo "*statute*". Ressalve-se, porém, que o emprego do gênero feminino é a preferência em vários textos em português ou nas traduções que fazem menção à expressão.
[263] A Escócia é exemplo de país que, embora de língua inglesa, é integrante da *civil law*. Ver TETLEY, William. *Mixed jurisdictions: common law vs. civil law (codified and uncodified).* Disponível em <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1999-3a.htm> Acesso em: 19 jun. 2003.
[264] DAVID, René, *op. cit.*, p. 279.
[265] *Ibidem*, p. 460.
[266] "O conjunto de leis derivado de decisões judiciais, de preferência a estatutos ou constituições" (*Black's Law dictionary*, p. 270). No original: "*The body of law derived from judicial decisions, rather than from statutes or constitutions.*"

(*precedent*).[267] O conjunto dessas decisões (*case-law*),[268] vinculadoras do julgamento de casos futuros, constitui o "Direito comum", aplicável preferencialmente em relação às normas estabelecidas abstratamente em leis ou outros diplomas emanados de órgãos com competência legislativa.

A característica desse sistema, portanto, é a criação do Direito pelo juiz (*judge-made law*),[269] em contraposição ao Direito estabelecido por órgão não integrante do Poder Judiciário (*statute law*).

Tornou-se lugar comum, depois de Oliver Wendell Holmes Jr., dizer que o Direito, no sistema de *common law*, é mais orientado pela experiência do que pela lógica.[270] O que não significa que, sob o sistema de *common law*, a solução dos conflitos de interesse não seja comandada pela razão, mas sim que a razão é extraída mais dos fatos e da experiência do que de regras abstratas e gerais preestabelecidas. O raciocínio indutivo prepondera sobre o dedutivo.

Conforme observa René David: "Para construir o sistema de Direito, no qual se analisa o *common law*, foi necessário, para cada questão, procurar a solução mais conforme à razão, e um elemento determinante para descobrir esta solução foi o desejo de assegurar a coesão das decisões de justiça, o que supõe inevitavelmente um certo recurso à lógica."[271]

Em certa medida, a ausência de um conjunto pormenorizado de regras escritas impulsiona o julgador, no sistema de *common law*, à busca de soluções solidamente fundadas na razão e na argumentação. É clássica a afirmação de Sir Edward Coke de que: "A razão é a

---

[267] "Um caso decidido que fornece as bases para resolver casos mais recentes que tratem de fatos ou assuntos similares." (*Black's...*, p. 1195). No original: "*A decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues.*"
[268] "O conjunto de casos julgados que forma o corpo de leis em uma determinada jurisdição." (*Black's...*, p. 207). No original: "*The collection of reported cases that form the body of law within a given jurisdiction.*"
[269] "O Direito estabelecido pelo precedente judicial de preferência ao estabelecido por estatutos." (*Black's...*, p. 845). No original: "*The law established by judicial precedent rather than by statute.*"
[270] HOLMES, Oliver Wendell, Jr. *The common law*. New York : Dover. 1991, p. 9. No original: "*The life of the law has not been logic: it has been experience.*"
[271] DAVID, René, *op. cit.*, p. 354.

vida do Direito; além disso, o *common law* nada mais é do que razão."[272] Igualmente clássica é a citação de Sir John Powell: "Consideremos as razões do caso. Porque nada é Direito que não seja razão."[273]

Correndo o risco de um excessivo reducionismo, pode-se dizer que a marca característica do *common law* é o *pragmatismo*.[274] Como observa Carl T. Bogus, o juiz no *common law* é um pragmático, interessado em como as normas se desenvolvem no mundo real.[275]

O precedente, por não constituir uma regra abstrata, mas "uma regra intimamente ligada aos fatos que lhe deram origem",[276] não engessa o Direito, como usualmente imaginam os juristas dos países da família romano-germânica. A falta de um conjunto sistematizado de regras escritas confere grande plasticidade ao sistema de *common law*, no qual é freqüente o emprego de *argumentos de princípio*.[277]

Já nos países da "família romano-germânica", em que prepondera o Direito escrito, pretende-se, sob o signo da segurança e da previsibilidade, regular todos os aspectos da vida social através da formulação de regras gerais e abstratas previamente elaboradas. Nesse sistema, que se convencionou denominar *civil law*, o apelo à razão usualmente se dá sob a forma de interpretação de fórmulas abstratas e gerais, para aplicação a casos concretos, com

---

[272] COKE, Edward. *The first part of the institutes of the laws of England*. Citado por STEVENSON, Burton. *Stevensons book of quotation*, p. 1079. No original: "*Reason is the life of the law, nay the common law itself is nothing else but reason.*"

[273] POWELL, John. *Coggs vs. Bernard, 2 Ld. Raym. Rep. p. 911*. Citado por STEVENSON, Burton, *op. cit.*, p. 1079. No original "*Let us consider the reason of the case. For nothing is law that is not reason.*"

[274] "O pragmatismo é uma doutrina que toma por critério da verdade o valor prático. O pragmatismo rejeita a busca por uma verdade absoluta. Considera verdadeiro tudo o que pode ser feito com êxito." (FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. *Espaço urbano e criminalidade. Lições da Escola de Chicago*, p. 55).

[275] BOGUS, Carl T. *Why law suits are good for America*, p. 57. No original: "*The ideology of the common law is, therefore, not rationalism but pragmatism. The common law judge is a pragmatist. He or she is interested in how rules work in the real world.*"

[276] SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law. Introdução ao Direito dos EUA*, p. 41.

[277] Ronald Dworkin, refutando a tese de que o juiz, na ausência de uma regra de direito clara, estabelecida de antemão, exerceria um "poder discricionário", criando novos direitos (*new legal rights*), distingue os *argumentos de princípio* dos *argumentos de política*: "Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos." (DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p. 141).

pouquíssima margem para lacunas a serem preenchidas pelos juízes,[278] que, na busca da solução justa, se vêem enormemente limitados pelas balizas preestabelecidas pelo legislador. O raciocínio dedutivo é teoricamente preponderante.

## 5.2. A REGRA DO *STARE DECISIS*

O *common law* está fundado na *doctrine of stare decisis*,[279] também denominada *doctrine of precedents*, regra jurídica[280] segundo a qual uma decisão tomada por uma corte de justiça mais elevada deve ser seguida pelas cortes inferiores da mesma jurisdição quando as circunstâncias de fato no caso subseqüente sob análise forem as mesmas do caso precedente, que atua como paradigma. Busca-se, pois, aplicar as razões de decidir de casos passados.

A idéia predominante é a de que a regra do precedente traz maior segurança para as relações jurídicas, à medida que permite antecipar o entendimento judicial a ser dado a um determinado conjunto de fatos, quando fatos idênticos ou análogos foram submetidos a decisão anterior. Acredita-se que um conjunto de precedentes obrigatórios confere consistência ao sistema jurídico e alimenta o sentimento de justiça, porque faz com que dois casos idênticos ou similares em seus aspectos fáticos sejam tratados da mesma maneira.[281]

---

[278] DAVID, René, *op. cit.*, p. 350.
[279] A expressão latina *stare decisis* (*stare*: de "persistir", "perseverar", "permanecer fiel"; *decisis*: do verbo *decidere*, que, substantivado, se refere a "decisões") pode ser traduzida como "manter-se fiel às decisões" (SARAIVA, Vicente de Paulo. *Expressões latinas jurídicas e forenses*, p. 761). Constitui abreviação da expressão *stare decisis et non quieta movere* ("manter-se fiel às decisões e não revolver o que está tranqüilo").
[280] Guido Fernando Silva Soares observa que: "(...) a melhor tradução para *doctrine*, no presente contexto, seria regra e portanto *doctrine of precedents* seria, em português, 'regra do precedente'" (SOARES, G. F. S. *Op. cit.*, p. 40).
[281] "Nenhum sistema legal pode ser percebido como justo a menos que cada um receba igual tratamento. A previsibilidade permite a advogados aconselhar seus clientes com algum grau de certeza. Certeza é uma importante vantagem decorrente da existência do precedente." ESSAYBANK. *English legal system*. Disponível em: <http://www.essaybank.co.uk/free_coursework/2205.html> Acesso em: 12 jun. 2003: "*No legal system can be perceived as fair unless everyone receives equal treatment. Predictability allows lawyers to advise their clients with some degree of certainty. Certainty is an important advantage from the existence of precedent.*"

O precedente somente é obrigatório (*binding precedent*)[282] em se tratando de decisão anterior proferida por um tribunal (*appellate court*) em relação a um órgão judicial de primeiro grau ou proferida por um tribunal superior em relação a um inferior. Nos Estados Unidos da América, as decisões proferidas por tribunais federais geralmente constituem precedente obrigatório para as cortes estaduais. Entre órgãos judiciários de igual hierarquia, os precedentes não têm força obrigatória, mas meramente persuasiva (*persuasive precedents*),[283] o mesmo ocorrendo com decisões de uma corte estadual em relação a órgãos judiciários de outro estado.[284]

São denominados *leading cases* os precedentes considerados especialmente importantes, seja porque regularam pela primeira vez uma questão ou porque trouxeram balizamentos importantes para ela. Servem de guia para advogados e juízes no julgamento de determinadas matérias e são freqüentemente citados nos casos subseqüentes.

Nos países de tradição romano-germânica, como o Brasil, a jurisprudência, que tem força meramente persuasiva, é, comumente, citada pela sua ementa. Na invocação de um julgado, dá-se grande importância à parte dispositiva, pouca à sua fundamentação e quase nenhuma às circunstâncias de fato subjacentes. Já no sistema de *common law*, o *precedent* é examinado em seu conjunto. Cumpre distinguir, de seu inteiro teor, aquilo que lhe é essencial, ou seja, a determinação da regra de Direito (*holding* ou *ratio decidendi*),[285] que deverá ser

---

[282] Também denominado *authoritative precedent*, o *binding precedent* é definido como: "Um precedente que uma corte deve seguir." *Black's...*, p. 1195. No original: "*A precedent that a court that follow*".

[283] "Um precedente que uma corte pode tanto seguir quanto rejeitar, mas que é credor de respeito e cuidadosa consideração." *Black's...*, p. 1195. No original: "*A precedent that a court may either follow or reject, but that is entitled to respect and careful consideration.*"

[284] SOARES, Guido Fernando Silva, *op. cit.*, p. 42; SÈROUSSI, Roland. *Introdução do Direito Inglês*, p. 110.

[285] *Holding*: "Pronunciamento judicial que tem o caráter de precedente e obriga em casos futuros; precedente judicial; decisão judicial." (MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário Jurídico*. 1987, p. 342). Constitui a decisão ou a determinação judicial propriamente dita. Algumas vezes chamado de *rule of the case* (regra do caso), é o cerne do precedente, no qual se resolve a disputa. Com o mesma noção dada ao vocábulo *holding*, é empregada a expressão *ratio decidendi*, que designa: "O princípio ou regra de direito que fundamenta a decisão da corte." (*Black's...*, p. 1.269. No original: "*The principle or rule of law on which a court's decision is founded*."

seguida no futuro, daquilo que lhe é incidental e que, por não se relacionar diretamente com o caso, não tem força obrigatória (*obiter dictum* ou, simplesmente, *dictum*).[286]

Fundamental para a distinção entre o que constitui *holding* (*ratio decidendi*) e *obiter dictum* é o perfeito conhecimento dos fatos da causa (*facts of the case*), ou seja, os fatos, com todas as suas circunstâncias, considerados relevantes para o julgamento. Os *facts of the case*, em sentido amplo, abrangem os *substantive facts* e os *procedural facts*. Os primeiros constituem os acontecimentos que levaram à propositura da ação e irão balizar o alcance do *precedent*. Os últimos, também referidos como *judicial history of the case*, constituem os acontecimentos durante o tramitar processual, desde o julgamento em primeiro grau até o julgamento final pelo tribunal.[287]

A regra do *stare decisis* é flexibilizada pela possibilidade de mudança de jurisprudência (*overrule a precedent*). As regras estabelecidas nos *precedents* podem ser modificadas pelas própria corte da qual emanaram ou por corte de hierarquia superior. Tais mudanças são mais freqüentes na jurisprudência americana do que na inglesa, o que é explicado pela própria complexidade da sociedade americana e de seu sistema jurídico.

Os Estados Unidos, diferentemente da Inglaterra, possuem uma Constituição escrita, datada de 1787 e acrescida de diversas emendas.[288] Muitas de suas disposições sofreram importantes mudanças de interpretação ao longo dos anos, para adaptá-las à evolução social. Além disso, cada um dos cinqüenta estados americanos goza de relativa autonomia e possui

---

[286] O vocábulo latino *obiter* significa "de passagem", "ao passar" (SARAIVA, Francisco dos Santos. *Dicionário Latino-Português*, p. 798), enquanto *dictum* é definido como "palavra, termo, expressão" (*idem*, p. 371). A expressão *obiter dictum* (no plural, *obiter dicta*) remete à noção de um comentário feito de passagem. O Dicionário Jurídico de Maria Chaves de Mello traduz a expressão como: "Declaração, observação ou comentário feito pelo juiz, em seu voto, que não tem relação essencial com o caso julgado; opinião pessoal do juiz, expressa em seu voto, sem a natureza de precedente." (MELLO, Maria Chaves de. *Op. cit.*, p. 302). As *obiter dicta* constituem, pois, observações, comentários e asserções não relacionados diretamente com o caso e, portanto, sem influência no resultado do julgamento. Não vinculam os julgamentos posteriores, embora possam ter valor de persuasão, dependendo, principalmente, do prestígio de que desfrute o julgador que redigiu o voto.

[287] ILLINOIS STATE UNIVERSITY. *Finding, Analyzing, and Briefing Court Cases*. Disponível em: <http://lilt.ilstu.edu/teeimer/POS%20266/Assignments/Interpcase.htm> Acesso em: 12 jun 2003.

[288] A Constituição americana possui 27 Emendas, que, diferentemente do que ocorre no Brasil, não constituem alterações ao texto original, mas disposições acrescidas a ele.

sua própria Constituição. O exemplo mais flagrante dessa autonomia é o Estado da Louisiana, que, em decorrência da histórica influência francesa e espanhola sobre a região, é o único estado americano a adotar o sistema de *civil law*. É natural que haja diferenças irredutíveis entre o Direito aplicado nos diversos estados e nas relações destes com a União, o que torna "conveniente um enfraquecimento da regra".[289] De todo modo, a tendência, tanto no sistema americano quanto no inglês, é pela manutenção do *precedent*.

## 5.3. NOÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL (*LAW OF TORTS*) NO *COMMON LAW*

A responsabilidade civil (*tort law* ou *law of torts*) apresenta, no *common law*, traços bem peculiares. O *tort*[290] é comumente definido como o ato ilícito (*wrong* ou *civil wrong*),[291] distinto do inadimplemento contratual, causador de um dano (*damage*, *injury*, *harm, loss*). Essa é a idéia passada por Prosser e Keeton: "Falando de modo geral, um *tort* é uma infração de natureza civil, diferente do inadimplemento contratual, contra a qual a corte fornecerá um remédio sob a forma de uma ação de indenização."[292]

Todavia, embora comumente não esteja vinculado a nenhuma relação jurídica preexistente entre vítima (*victim*) e ofensor (*wrongdoer* ou *tortfeasor*), o *tort* pode decorrer, igualmente, do descumprimento de obrigação contratual. Como observa Edward J. Kionka:

---

[289] DAVID, René, *op. cit.*, p. 391.

[290] Do latim *tortus*, part. p. de *torqueo*: torcido, entortado, torto; tortuoso, sinuoso (SARAIVA, F. R. dos Santos. *Dicionário latino-português*, p. 1211). Da raiz latina originaram-se, na língua inglesa, os vocábulos *torture, retort, distort, contortion*. Em francês, o vocábulo é empregado com o sentido de erro, falta de razão (*avoir tort*) ou prejuízo (*réparer um tort*). O *Blacks Law dictionary*, p. 1496, define o *tort* como: "Um ilícito contra o qual o remédio usualmente vem sob a forma de indenização." No original: "*A civil wrong for which a remedy may be obtained, usu. in the form of damages.*" O vocábulo *tort*, empregado no vocabulário comum do passado como sinônimo de *wrong*, é hoje utilizado quase que exclusivamente em sentido jurídico (ver KEETON, W. Page *et alii. Prosser and Keeton on Torts.* 2001, p. 2)

[291] Wrong: "Descumprimento de um dever legal; violação de um direito alheio". (*Black's Law dictionary*, p. 1606). No original: "Breach of one's legal duty; violation of another's legal right."

[292] KEETON, W. Page *et alii*. (*Prosser and Keeton on Torts*, p. 2). No original: "*Broadly speaking, a tort is a civil wrong, other than a breach of contract, for which the court will provide a remedy in the form of an action for damages.*"

"Alguns definem '*tort*' excluindo do conceito o 'mero' inadimplemento contratual, mas isso encobre o fato de que o inadimplemento contratual, sob certas circunstâncias, pode constituir a base da responsabilidade civil."[293] Com efeito, a responsabilidade civil pode estar fundada apenas na obrigação geral de cuidado e consideração que cada um deve ter para com os interesses das outras pessoas; ou na existência de uma relação jurídica (notadamente a relação de natureza contratual) entre duas ou mais pessoas.[294] Mais adequada, portanto, a definição que Kionka dá ao *tort*: " Uma ofensa de natureza civil, pela qual a conduta de alguém causa um dano indenizável à pessoa, à propriedade, ou a interesses legítimos de outrem, violando um dever imposto pelo Direito."[295]

O estudo do *tort* abrange o exame de diferentes tipos de ilícitos civis, que recebem denominações distintas, *v.g.*, *trespass*,[296] *defamation*,[297] *battery*.[298] Por ser ainda relativamente pouco regulado por normas escritas, o *tort law* pode ser considerado como um ramo do Direito (*branch of law*) bem representativo do sistema de *common law*. No dizer de Edward Kionka: "*Tort law* é, talvez, o último bastião do *common law*. Mesmo nesta era de legislação, com a proliferação de códigos e atos uniformes, o *tort law* permanece não codificado e em grande parte não afetado pela lei."[299] Essa ausência de regulamentação legal geral confere ao

---

[293] KIONKA, Edward J. *Torts in a nut shell*, p. 3. no original: "*Some have defined 'tort' by excluding 'mere' breaches of contract, but this glosses over the fact that the breach of a contractual duty under certain circumstances can be the basis for tort liability.*"
[294] *Ibidem*, p. 381.
[295] *Ibidem*, p. 4. No original: "*A civil wrong, wherein one person's conduct causes a compensable injury to the person, property, or recognized interest of another, in violation of a duty imposed by law.*"
[296] "Ato ilícito cometido contra a pessoa ou a propriedade alheia; em especial, entrada ilegal em propriedade alheia" (*Black's*..., p. 1508). No original: "*An unlawfull act committed against the person or property of another; esp., wrongful entry on another's real property.*"
[297] "Danificação à reputação de outrem através de afirmação falsa feita a terceira pessoa." (*Black's*..., p. 427). No original: "*The act of harming the reputation of another by making a false statement to a third person*". Compreende o *libel*: declaração difamatória expressa por escrito, foto, *cartoon*, vídeo, gravação ou outra forma relativamente duradoura de comunicação; e o *slander*: declaração difamatória expressa de forma transitória (ver KIONKA, Edward J. *Op. cit.*, p. 438).
[298] "Aplicação de força em relação a outrem, da qual resulta contato ofensivo ou prejudicial." (*Black's*..., p. 146). No original: "*The application of force to another, resulting in harmful or offensive contact*".
[299] KIONKA, Edward J. *Op. cit.*, p. 2. No original: "*Tort law is perhaps the last bastion of the common law. Even in this age of legislation, with its proliferation of codes and uniform acts, tort law remain uncodified and in a large part unaffected by statute.*"

*tort law* um caráter um tanto assistemático, próprio do *common law*. É na solução dos *cases*, em sua infindável variedade, que vão sendo traçadas as características da responsabilidade civil. O estudo do Direito é fundamentalmente realizado a partir de compilações de decisões judiciais comentadas ou anotadas (*casebooks*).[300]

O conceito de "dano moral", por exemplo, como categoria específica, não é encontradiço no *tort law*, que trata esparsamente de figuras assimiláveis àquele e que poderiam ser compreendidas nas denominações mais genéricas de *nonpecuniary loss* (*nonpecuniary damages*) ou *general damages*[301] (também *direct damages* ou *necessary damages*). São ainda inseridas no conceito de dano moral as expressões *personal tort* e *personal injury*[302] (por oposição ao *property tort*)[303]. Mais comum é a expressão *pain and suffering*, alusiva ao sofrimento físico e mental decorrentes de um ato lesivo. Outras tantas expressões são utilizadas para indicar situações típicas de dano moral, dentre as quais: o *emotional distress* (também *emotional harm*, *mental distress*, *mental suffering*, *mental anguish*), definido como: "Uma reação mental altamente desagradável (tal como angústia, tristeza, medo, humilhação, ou fúria");[304] a já mencionada *defamation*; a invasão de

---

[300] "Uma compilação de extratos de casos instrutivos sobre um determinado assunto, usualmente com comentário e questões sobre os casos" (*Blacks Law Dictionary*. 1999, p. 207). No original: "*A compilation of extracts from instructive cases on a particular subjects, usu. with commentary and questions about the cases*". Os livros essencialmente doutrinários, denominados *hornbooks*, são considerados livros para principiantes. Mesmo estes, como não poderia deixar de ser, fazem constantes remissões aos *cases*. O método de ensino do Direito, nos países da família da *common law*, é, preferencialmente, calcado no *casebook method*, de natureza indutiva, a partir dos precedentes, em detrimento do *hornbook method*, baseado na apresentação direta da doutrina jurídica, mais comum aos países da família romano-germânica.

[301] "Danos juridicamente presumidos como conseqüência de certos atos ilícitos." (*Blacks Law Dictionary*, p. 394). No original: "Damages that the law presumes follow from the type of wrong complained of."

[302] "Uma ofensa consistente em ou envolvendo um dano a uma pessoa, sua reputação ou seus sentimentos, distinto de um prejuízo ou dano à propriedade." *Blacks Law Dictionary*. 1999, p. 1.497. No original: "*A tort involving or consisting in an injury to one's person, reputation, or feelings, as distinguished from an injury or damage to real or personal property.*"

[303] "Uma ofensa envolvendo dano à propriedade." *Blacks Law Dictionary*. 1999, p. 1.497. No original: "*A tort involving damage to property.*"

[304] *Blacks...*, p. 542. No original: "*A highly unpleasant mental reaction (such as anguish, grief, fright, humiliation, or fury) that results from another person's conduct; emotional pain an suffering.*" Edward Kionka (*op. cit.*, p. 350) observa que muitas cortes admitem indenização por algum ou todos dentre os seguintes estados psicológicos: medo (*fright*); choque ou abalo (*schock*); ansiedade em relação ao futuro (*anxiety about de future*), quando fundado ou razoável; perda da paz de espírito (*lost of peace of mind*) ou da felicidade (*lost of hapiness*); humilhação (*humiliation*) ou perda da dignidade (*lost of dignity*).

privacidade (*intrusion*);[305] o dano à integridade física (*bodily harm* ou *bodily injury*);[306] o sofrimento físico (*physical pain*); o dano às relações sociais (*impairment of social life*); a perda do prazer de viver (*loss of enjoyment of life*).[307] Essas diferentes situações podem ou não dar ensejo a indenizações separadas.[308]

A conseqüência jurídica mais comum para o dano (*damage*) é a indenização ou reparação em dinheiro, à qual se atribui a denominação *damages*.[309] É largamente difundido o entendimento de que o *tort law* tem por finalidade não apenas a reparação ou compensação do dano ocorrido, mas também a *prevenção de danos futuros*.[310] A idéia de que a responsabilidade civil atuaria como *fator de dissuasão* (*deterrence*) de certos ilícitos é recorrente na doutrina e na jurisprudência.[311] Margareth Brazier e John Murphy observam que: "A imposição de responsabilidade civil opera não simplesmente para transferir os prejuízos relevantes da vítima para o ofensor mas também para impedir a conduta ilícita em

---

[305] "(…) uma ultrajante invasão da privacidade alheia." (*Blacks...*, p. 829). No original: "(…) *a highly offensive invasion of another person's seclusion or private life.*"

[306] "Dano físico ao corpo de uma pessoa." (*Blacks...*, p. 789). No original: "*Physical damage to a person's body.*"

[307] A indenização por *loss of enjoyment of life* visa a compensar a vítima de um dano à sua integridade física pela perda ou diminuição da capacidade de extrair prazer das atividades normais da vida ou pela sua inabilidade em desenvolver seus talentos, seus interesses, hobbies e vocações [*Boan v. Blackwell 343 S.C. 498 (2001)]*. Disponível em <http://www.law.sc.edu/opinions/25236.htm> Acesso em 29 out. 2003. Fala-se, ainda, no mesmo sentido, em *hedonic damages*: "Indenização que tem por objetivo compensar a perda do prazer de estar vivo." (*Black's...*, p. 395). No original: "*Damages that attempt to compensate the loss of the pleasure of being alive*."

[308] Assim, *v.g.*, em alguns Estados americanos, como a Carolina do Sul, as cortes de justiça admitem a fixação de indenizações separadas por *pain and suffering* e *loss of enjoyment of life* [*Boan v. Blackwell 343 S.C. 498 (2001)]*, enquanto em outros, como a Virgínia, a última categoria não é considerada compensável separadamente da primeira [*Bulala v. Boyd*, 239 Va. 218 (1990)].

[309] Não se deve confundir *damages* com *damage*. *Damage* (no singular) significa "dano", "prejuízo", "lesão"; enquanto *damages* (no plural), dependendo do contexto, significa "indenização", "ressarcimento", "reparação" (ver MELLO, Maria Chaves. *Dicionário Jurídico*, p. 295). O *Black's...*, p. 393, define *damages* como: "Dinheiro exigido por alguém ou estabelecido em favor de alguém como compensação por perdas e danos." No original: "*Money claimed by, or ordered to be paid to, a person as compensation for loss or injury.*"

[310] Conforme Edward Kionka: "A responsabilidade civil tem três funções básicas ou objetivos: (1) compensar as vítimas pelos danos ou prejuízos resultantes da conduta alheia; (2) imputar o custo dessa compensação àqueles que, por justiça, devem com ele arcar; (3) prevenir futuras perdas e danos." (KIONKA, E. J. *Op. cit.*, p. 5). No original: "*Tort law has three primary functions or goals: (1) compensating persons sustaining a loss or harm as a result of another's conduct; (2) placing de cost of that compensation on those who, in justice, ought to bear it, but only on such persons; and (3) preventing future losses and harms.*"

[311] Observam Dan B. Dobbs e Paul T. Hayden que: "A jurisprudência e a doutrina quase sempre reconhecem que outra finalidade do *tort law* é dissuadir certos tipos de conduta, responsabilizando-as quando causem dano." (DOBBS, D. B.; HAYDEN, P. T. *Torts and compensation*, p. 6). No original: "*Courts and writers almost always recognize that another aim of tort law is to deter certain kinds of conduct by imposing liability when that conduct causes harm.*"

questão."[312] Entram em cena, então, os *punitive* ou *exemplary damages* como instrumento utilizado pelas cortes de justiça para ensinar que "*tort does not pay*",[313] dissuadindo o ofensor e a outras pessoas de praticarem condutas semelhantes.

## 5.4. ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Os autores que se dedicam ao estudo dos *punitive damages*[314] usualmente localizam sua origem remota em textos da antigüidade como o Código de Hammurabi (mais de 2000 anos A.C.), o Código Hitita (Séc. XV A.C.), a Lei das XII Tábuas (450 A.C.) o Código de Manu (200 A.C.), assim como a Bíblia.[315] Foi na Inglaterra, porém, que o instituto começou a moldar a sua forma atual.[316] O mais antigo exemplo de indenização punitiva no Direito Inglês seria encontrado no século XIII, mais especificamente no Estatuto de Gloucester, de 1278, que estabelecia *treble damages* (indenização triplicada) em casos envolvendo a antiga *action of waste*.[317] Somente no século XVIII, porém, a doutrina dos *punitive damages* começou a se formar.

---

[312] BRAZIER, Margareth e MURPHY, John. *Street on torts*, p. 14. No original: "*The imposition of tort liability operates not simply to transfer the relevant loss from victim to tortfeasor but also to deter de tortious conduct in question.*"

[313] "Para que a dissuasão seja efetiva a corte deve assegurar que 'o ilícito não compensa'." (BRAZIER, M.; MURPHY, J. *Op. cit.*, p. 14). No original: "*For deterrence to be effective the court must ensure 'tort does not pay'.*"

[314] A expressão *punitive damages* é comumente traduzida entre nós como "*danos* punitivos" (*daños punitivos*, em espanhol), em caso típico de metonímia, em que se emprega a causa (danos) pelo efeito (indenização). Uma tradução mais técnica e fiel ao sentido originário da expressão seria "indenização punitiva". Como já observado em nota anterior, o vocábulo *damages*, no plural, significa "indenização". A noção de "dano" é dada pelo vocábulo *damage*, no singular. Daí por que se afigura mais exata a transposição da expressão *punitive damages* para o português como "indenização punitiva", que é a empregada no presente trabalho.

[315] Ver SCHLUETER, Linda L. e REDDEN, Kenneth R. *Punitive damages*, p. 1 e 3.

[316] SCHLUETER, Linda L.; REDDEN, Kenneth R. *Op. cit.*, p. 4, nota 26; e LIEBERMAN, David. *Mapping Criminal Law: Blackstone and the categories of English Jurisprudence*. Disponível em <http://www.law.berkeley.edu/institutes/csls/liebermanpaper.doc> Acesso em 6 out. 2003.

[317] A *action of waste* era de natureza mista (em parte real, em parte pessoal) e tinha por objetivo a recuperação de propriedade imobiliária danificada por inquilino ou arrendatário (*tenant*) e a imposição a este de *treble damages*. Ver, a respeito, *Black's...*, p. 1584.

### 5.4.1. Antecedentes remotos do instituto na Inglaterra

No *common law*, a primeira articulação explícita da doutrina dos *punitive damages* remonta a 1763 e é encontrada no julgamento do célebre caso *Wilkes v. Wood*.[318] O nº 45 do então existente jornal semanal *The North Briton* publicara artigo anônimo de conteúdo alegadamente ofensivo à reputação do Rei (George III) e de seus ministros. Em conseqüência, Lord Halifax, Secretário de Estado do Rei, determinou a expedição de mandado genérico (*general warrant*), autorizando a prisão dos suspeitos de envolvimento na publicação do artigo, sem identificá-los nominalmente. Foram presas 49 pessoas, dentre as quais o autor do artigo, John Wilkes, inflamado membro da oposição no Parlamento. Mensageiros do Rei invadiram e reviraram a casa de Wilkes, forçando gavetas e apreendendo livros e papéis privados, sem inventariá-los. Wilkes, então, ajuizou uma *action for trespass* contra Mr. Wood, sub-secretário de Estado, que havia pessoalmente supervisionado a execução do mandado. Demandou *exemplary damages*, ao argumento de que uma indenização de reduzido valor não seria suficiente para impedir a prática de condutas semelhantes. O júri estabeleceu a soma, considerável para a época, de £1000 (mil libras) a título de *punitive damages*.[319]

O mesmo episódio deu origem ao caso *Huckle v. Money*. Huckle, um modesto tipógrafo, foi detido com base no mesmo mandado genérico. Por essa razão, ajuizou uma *action for trespass, assault and imprisonment*.[320] Embora os relatos do caso indiquem que ele tenha sido confinado por apenas seis horas e, nesse período, tenha recebido tratamento consideravelmente civilizado e cortês, o júri estabeleceu em seu favor *punitive damages* no montante de £300 (trezentas libras), quase trezentas vezes o salário semanal que ele recebia de

---

[318] SCHLUETER, Linda e REDDEN, Keneth R. *Op. cit.*, v. 1, p. 4; KIRCHER, John J. e WISEMAN, Christine M. *Punitive damages: Law and practice*, v. 1, p. 2.
[319] MAY, Thomas Erskine. *Constitucional History of England since the Accession of George the Third*. Disponível em <http://home.freeuk.com/don-aitken/emay3v001.html> Acesso em 29 jun. 2003.
[320] SCHLUETER, Linda e REDDEN, *Op. cit.*, p. 4; KIRCHER, John J. e WISEMAN, Christine M. *Op. cit.*, p. 2.

seu empregador. Em sua apelação, o réu admitiu sua responsabilidade, mas sustentou que a indenização era excessiva, dado o curto período de tempo de confinamento e o civilizado tratamento dispensado à vítima, assim como a baixa renda e a posição econômica desta. Essa argumentação foi rejeitada por Lord Chief Justice Camden, que observou que, se o júri tivesse considerado apenas o dano pessoal, "talvez £20 (vinte libras) de indenização pudessem ser considerados suficientes", mas concluiu que o júri fez bem em estabelecer *exemplary damages*, por entender que um policial entrar na casa de um homem com base em um mandado genérico, sem indicação do nome do investigado, para procurar evidências constitui um dos mais ousados ataques à liberdade individual.[321]

Esses precedentes assentaram as bases da doutrina dos *punitive* ou *exemplary damages*, que poderiam ser invocados para punir os ofensores em casos de malícia, opressão ou fraude, ou seja, em casos nos quais o ato ilícito foi praticado de forma especialmente ultrajante.[322]

Nos Estados Unidos da América, os primeiros julgados a estabelecer os *punitive damages* foram registrados não muito tempo depois dos primeiros precedentes ingleses. No ano de 1784, em *Genay v. Norris*,[323] autor e réu haviam concordado em resolver uma disputa em duelo com pistolas. Antes do duelo, porém, o réu convidou o autor para beber e fazer um drinque de reconciliação. Secretamente colocou algo na bebida do autor que lhe causou grande dor. Em conseqüência, a Corte considerou que o autor fazia jus a *exemplary damages*.

---

[321] Nas palavras enfáticas de Lord Camden: "Entrar na casa de um homem por força de um mandado genérico, com a finalidade procurar provas, é algo pior do que a inquisição espanhola; uma lei sob a qual nenhum cidadão inglês desejaria viver uma hora; isso foi o mais ousado ataque público feito contra a liberdade do indivíduo. No original: "*To enter a man's house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse that the Spanish Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live an hour; it was a most daring public attack made upon the liberty of the subject.*" Ver KIRCHER, John J. e WISEMAN, Christine M. *Op. cit.*, p. 3.

[322] SCHLUETER, Linda e REDDEN, Keneth R. *Op. cit.*, p. 4.

[323] 1 S.C.L. (1 Bay) 6 (1784). Ver LAGROW, John Zenneth. *BMW of North America, Inc. v. Gore: Due Process Protection Against Excessive Punitive Damages Awards*, nota 25. Disponível em <http://www.nesl.edu/lawrev/vol32/1/LAGROW.HTM> Acesso em 1º maio 2003.

Posteriormente, no ano de 1791, em *Coryell v. Colbough*,[324] foram estabelecidos *punitive damages* com função exemplar em ação fundada em quebra de promessa de casamento.[325] Mas até o ano de 1830 os julgados não tinham fixado em bases sólidas a função *dissuasória* dos *punitive damages*, que eram ainda freqüentemente empregados com motivação *compensatória*.

Em 1851, a Suprema Corte do Estados Unidos deliberou que constituiria princípio bem estabelecido do *common law* a imposição pelo júri, em ações de indenização e em todos os casos de responsabilidade civil, de *exemplary*, *punitive* ou *vindictive damages*, tendo em consideração a enormidade da ofensa praticada pelo réu.[326]

Na Inglaterra, os contornos dos *punitive* ou *exemplary damages* vieram a ganhar linhas mais precisas apenas em 1964 com o julgamento do caso *Rookes v. Barnard*, no qual ficou estabelecida a natureza punitiva daquela sanção.[327]

### 5.4.2. As teorias acerca da origem da doutrina dos *punitive damages*

A partir dos primeiros *cases*, várias teorias buscaram explicar a razão pela qual os *punitive damages* se originaram e se desenvolveram no sistema de *common law*. Nenhuma delas, todavia, pode ser apontada como explicação única para o emprego atual do instituto,

---

[324] 1 N.J.L. 77 (1791). LAGROW, J. Z. *Op. cit.*, nota 26; SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. apontam esse como o primeiro caso americano a enunciar a doutrina *dos punitive damages* (*op. cit.*, p. 14).
[325] *Ibidem*, p. 15.
[326] *Day v. Woodworth*, 54 US (13 How.) 363, 371 (1851): "É um princípio bem estabelecido de *common law* que, em ações contra atos lesivos e todas as demais ações relacionadas com atos ilícitos, o júri pode impor o que é chamado de *exemplary, punitive* ou *vindictive damages* contra o réu, tendo em vista a enormidade da sua ofensa de preferência à medida da compensação do autor." No original: "*It is a well established principle of the common law that, in actions of trespass and all actions on the case of torts, jury may inflict what are called exemplary, punitive or vindictive damages upon a defendant, having in view the enormity of his offence rather than the mesure of compensation to the plaintiff.*" (*in* SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, v. 1, p. 46.).
[327] KIRCHER, J. J. e WISEMAN, C. M. *Op. cit.*, p. 9; BRAZIER, M. e MURPHY, J. *Op. cit.*, p. 528; SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, p. 11.

cujo desenvolvimento parece ser decorrência da conjunção de diversos fatores e pontos de vista.[328]

5.4.2.1. Justificativa para condenações consideradas excessivas

Uma teoria, de natureza histórico-sociológica, sugere que os *punitive damages* foram desenvolvidos como uma justificação para indenizações consideradas excessivas (*excessive damagess*) em relação aos danos sofridos. O sistema judicial inglês, calcado no julgamento popular pelo júri, teria propiciado condenações excessivas (*excessive verdicts*), que não eram objeto de revisão em razão da autoridade atribuída aos veredictos populares.

Originariamente, os júris ingleses eram compostos por cidadãos locais que tinham conhecimento pessoal dos fatos e, com base nesse conhecimento, estabeleciam a forma de resolução do conflito. A familiaridade dos jurados com a matéria em julgamento inibia as cortes de proceder à revisão do montante indenizatório fixado.

Posteriormente, os júris passaram a ser integrados por pessoas que não tinham conhecimento próprio dos fatos, o que permitiu às cortes recursais desenvolver controles sobre os valores de indenização, assim como *standards* para a fixação desses valores. Mesmo assim, as cortes, talvez mais em respeito à tradição, mantiveram ainda a relutância originária em interferir nas estimativas feitas pelo júri.[329]

5.4.2.2. Compensação por sofrimentos ou dores morais não vinculados a nenhuma perda pecuniária

Outra teoria indica que a idéia dos *punitive damages* foi desenvolvida como forma de

---

[328] SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, p. 6.
[329] KIRCHER, John J. e WISEMAN, Christine M. *Op cit.*, p. 4.

justificar a indenização em caso de ofensa a interesses aos quais a jurisprudência da época relutava em conferir o *status* de interesses juridicamente protegidos e, portanto, passíveis de reparação ou compensação.

A jurisprudência inglesa dos séculos XVIII e XIX, na maioria dos casos, reconhecia o direito de indenização apenas às vítimas de danos que pudessem ser estimáveis pecuniariamente. Assim, o dano puramente moral ou o sofrimento mental (*mental anguish*), por si só, não davam ensejo à indenização. Excepcionalmente, porém, admitia-se a fixação de um montante em dinheiro como *compensação* por certos danos não estimáveis pecuniariamente, quando estes constituíam a principal ou exclusiva conseqüência de certos ilícitos, como no caso de dano à honra (*defamation*), abuso processual (*malicious prosecution*), agressão física (*assault*), prisão ilegal (*false imprisonment*), sedução (*seduction*) e adultério (*adultery*).[330]

A despeito da expressão *punitive damages*, não se reconhecia explicitamente o papel punitivo da indenização, cujo propósito era o de compensar a vítima, aliviando o seu sofrimento, e não punir o ofensor.[331]

#### 5.4.2.3. Compensação por danos morais quando presentes circunstâncias agravantes

Os *punitive damages* teriam servido ainda como justificativa para a compensação da vítima por danos intangíveis, não estimáveis pecuniariamente, quando presentes *circunstâncias agravantes*, como no já citado caso *Huckle v. Money*, em que se reconheceu que a conduta do ofensor foi agravada por insolência, opressão e tirania, decorrente do uso de um mandado de prisão genérico.[332]

---

[330] SCHLUETER, Linda e REDDEN, Keneth R. *Op. cit.*, p. 6.
[331] *Ibidem*, p. 5.
[332] *Ibidem*, p. 8.

Os simples sentimentos feridos ou a dignidade ofendida não eram juridicamente compensáveis no sistema do *common law*. Mas circunstâncias agravantes concretas, que tornavam o ilícito particularmente censurável, levavam as cortes a admitir a fixação dos *punitive damages*.

O propósito explícito dos *punitive damages*, todavia, continuava a ser exclusivamente o de *compensar* a vítima, não o de punir o ofensor.

5.4.2.4. Dissuasão do ofensor

De outro lado, embora originariamente as cortes inglesas destacassem a finalidade compensatória dos *exemplary damages*, algumas poucas decisões da época esposaram a tese de que essa soma visava à dissuasão do ofensor (*deterrence of the wrongdoer*).[333] Esse enfoque é o que mais se aproxima da visão atual da doutrina acerca do instituto.

5.4.2.5. Correção de distorções da justiça penal

Outra teoria, não referendada explicitamente por nenhum precedente judicial, via nos *punitive damages* uma soma fixada na esfera civil para corrigir injustiças ocorridas nos processos criminais. Argumentava-se que, na esfera criminal, pequenas ofensas à propriedade comumente sofreriam penalidades mais severas do que ofensas à pessoa, teoricamente mais graves. Os *punitive damages*, por serem predominantemente fixados em casos de ofensas contra a pessoa, tenderiam a equilibrar a balança, que pende nos processos criminais para a punição das infrações menos graves.[334]

---

[333] *Ibidem*, p. 9.
[334] *Idem*.

5.4.2.6. Vingança

Finalmente, sustentou-se que os *punitive damages* atuariam como forma de prevenir a vindita, diminuindo o risco de que a vítima buscasse retribuir pessoalmente a ofensa sofrida. A natureza punitiva do montante da indenização arrefeceria o sentimento de vingança da vítima.[335]

Por outro lado, a indenização serviria também como retribuição pública pelo comportamento ultrajante do ofensor.[336]

## 5.5. CONTORNOS ATUAIS DOS *PUNITIVES DAMAGES* NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Embora os *punitive damages*, em sua feição moderna, tenham se originado na Inglaterra, foi na jurisprudência americana que o instituto ganhou impulso. Assim sendo, será principalmente a experiência americana que servirá de base para a análise do instituto.

### **5.5.1. As diversas espécies de *damages***

O *law of torts* conhece diferentes modalidades de indenização (*damages*), cada qual com sua própria denominação.

Os *actual damages* ou *compensatory damages* (integrantes da categoria dos *substantial damages*)[337] constituem uma "soma estabelecida em favor da vítima para a compensação de perdas e danos comprovados".[338] Correspondem à tradicional indenização

[335] *Ibidem*, p. 9.
[336] *Idem*.
[337] *Black's*..., p. 397.
[338] *Black's*..., p. 394.

reparatória ou compensatória, pois visam a restabelecer a situação patrimonial que a vítima apresentava anteriormente ao dano. A medida dessa indenização é o dano comprovadamente sofrido pela vítima.

Espécie distinta é a dos *nominal damages*, que constituem uma soma de valor insignificante e simbólica estabelecida em caso de lesão que não causa dano substancial, ou quando este não é demonstrado em sua extensão.[339] A função dos *nominal damages* é assinalar, em uma situação na qual nenhum dano foi efetivamente sofrido, o reconhecimento da prática de um ilícito contra um direito indiscutível e importante da vítima.[340] São impostos, por exemplo, em caso de difamação, quando o júri, embora reconheça a ilicitude da conduta do agente, acredita não ter havido dano substancial à reputação da vítima.[341]

A expressão *general damages* (também chamados *direct damages* ou *necessary damages*), além de servir como referência a danos não redutíveis a pecúnia e que independem de comprovação – tais como a perda de um ente querido, o dano à reputação, a diminuição da expectativa de vida, a dor e o sofrimento em geral –, ainda é empregada para indicar a soma estabelecida para compensar esses tipos de danos. Os *special damages*, por sua vez, fazem referência tanto às perdas e danos comprovados pelo lesado (em um acidente de trânsito, as despesas médicas da vítima, o custo de reparo do automóvel avariado, o aluguel de veículo pago durante o tempo em que o automóvel avariado se encontrava em conserto, a perda de remuneração), quanto à indenização correspondente a tais prejuízos.

Os *punitive damages* e os *multiple damages*, pela sua natureza, constituem categorias à parte em relação às demais.

---

[339] *Black's...*, p. 396.
[340] BRAZIER, Margareth; MURPHY, John. *Op. cit.*, p. 525.
[341] Caso famoso de aplicação de *nominal damages* envolveu Winston Churchill, que recebeu indenização de 1 *shilling* (cerca de 25 centavos de dólar) do autor Louis Adamic, que escrevera que o Primeiro Ministro ficou bêbado em um jantar na Casa Branca. O júri considerou que a reputação do Primeiro Ministro não fora danificada (disponível em <http://dictionary.law.com> Acesso em 24 out. 2003).

### 5.5.2. Conceito e finalidade dos *punitive damages*

Os *punitive damages* são definidos como: "Indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com culpa consciente, malícia ou dolo."[342] São, com freqüência, também denominados *exemplary damages*. Além dessas denominações, outras, menos usuais, são empregadas para fazer referência ao instituto, dentre as quais: *vindictive damages*, *punitory damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, *presumptive damages*, *added damages*, *aggravated damages*, *smart money*,[343] *punies*,[344] *penal damages*, *retributory damages*.[345]

Constituem os *punitive damages*, portanto, uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory* ou *nominal damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria.[346]

Os *multiple damages*, *double damages* e *treble damages (ou triple damages)* também apresentam caráter punitivo.[347] Constituem formas exacerbadas ou agravadas de indenização estabelecidas por lei, correspondentes a duas ou três vezes a soma que seria devida à vítima

---

[342] *Black's...*, p. 396. No original: "*Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit*".
[343] É interessante observar que o vocábulo *smart*, na expressão *smart-money*, nada tem que ver com o sentido, bem conhecido, de "esperto", "inteligente", "sabido", mas o de "dor aguda" ou, em sentido figurado, "aborrecimento". Na sua origem, a expressão era indicativa da soma em dinheiro estabelecida para compensação pelas dores da pessoa lesada ("*compensation for the smarts of the injured person*"); modernamente, com o estabelecimento da natureza punitiva dessa sanção, passou a significar a soma exigida como forma de punição, para infligir pena ao ofensor ("*to make the wrong-doer smart*"). SCHLUETER, Linda e REDDEN, Keneth R. *Op. cit.*, p. 20.
[344] *Idem*. Cf., também, SCHLUETER, Linda e REDDEN, Keneth R. *Op. cit.*, p. 20.
[345] As expressões *penal damages* e *retributory damages* são referida no *leading case* australiano *Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd*. (1966) 117 CLR 118. Ver Australasian Legal Information Institute. Disponível em <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/117clr118.html> Acesso em 24 out. 2003.
[346] SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, v. 1, p. 20. Observam os autores, que ficam de fora do âmbito dos *punitive damages* as condutas lesivas decorrentes de ignorância (*ignorance*), culpa simples (*mere negligence*) ou engano (*mistake*).
[347] *Ibidem*, p. 21.

como compensação pelos danos sofridos. Diferem dos *punitive damages* porque estes não correspondem a uma soma fixa ou limitada.[348]

O propósito geral dos *punitive* ou *exemplary damages* é o de *punir* o ofensor, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo, além de *dissuadir* comportamentos semelhantes por parte de terceiros.[349] O Restatement (Second) of torts,[350] § 908 (1) (1979), realça essa finalidade primordial do instituto: "*Punitive damages* são a indenização, diversa dos *compensatory* ou *nominal damages*, estabelecida contra alguém para puni-lo por sua conduta ultrajante e para dissuadi-lo e a outros de praticar conduta semelhante no futuro."[351] Entende-se que, na realização desses propósitos, os *punitive damages* atuam em prol do interesse público e social.[352]

A necessidade dos *punitive damages* estaria demonstrada principalmente, mas não exclusivamente, em situações nas quais um ato delituoso, por razões de ordem jurídica ou prática, escapa de um processo criminal.[353] O instituto, além disso, preencheria lacunas da legislação criminal, punindo condutas que, a despeito de sua atipicidade, merecem punição.[354]

Secundariamente, os *punitive damages* exerceriam outras funções, dentre as quais a de atuar como mecanismo para proteção de consumidores contra práticas comerciais fraudulentas ou ofensivas à boa-fé.[355]

---

[348] Ver "*multiple damages*" *in Black's...*, p. 395.
[349] KEETON, W. Page *et alii*. *Prosser and Keeton on Torts*, p. 9. Observam os autores que algumas decisões ocasionais têm mencionado um propósito adicional de compensar a vítima por alguns tipos de dano normalmente não indenizáveis, tais como sentimentos feridos ou despesas com o processo. Ver, também, SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, p. 24 e 25. O propósito primordial dos *punitive damages* é apontado pelo Restatement (Second) of torts § 908 (1) (1979): "*Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future.*"
[350] Os Restatements são textos doutrinários elaborados por juízes, advogados e professores de Direito integrantes do American Law Institute. Têm considerável influência em julgamentos nas diversas Cortes de Justiça. Ver *Black's...*, p. 1314.
[351] SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, p. 26. No original: "*Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future.*"
[352] *Ibidem*, p. 24.
[353] *Ibidem*, p. 26.
[354] KIRCHER, J. J. e WISEMAN, C. M. *Op. cit.*, p. 2-6.
[355] LAGROW, J. Z. *Op. cit.*

Em alguns estados americanos, os *punitive damages* são utilizados, também, como forma de compensação para perdas que de outro modo não seriam compensáveis,[356] em especial certas despesas com o processo, como os honorários de advogado contratado, que, em regra, não são ressarcíveis.[357]

Nos Estados Unidos da América, não existe legislação federal que determine critérios de aplicação universal dos *punitive damages*. Há, porém, diversos *statutes* que estabelecem ou proíbem a imposição de *punitives damages* em situações específicas. Assim, *v.g.*, dentre os diplomas legais que prevêem a aplicação de *punitive damages*, está o Equal Credit Opportunity Act, que fixa indenização punitiva, em montante não superior a US$10,000 (dez mil dólares), em caso de discriminação baseada em raça, cor, religião, nacionalidade, sexo, estado civil ou idade contra pessoas postulantes de crédito;[358] o Fair Credit Reporting Act prevê, sem limitação do montante, *punitive damages* em caso de publicação de informações falsas por agências de crédito.[359] Dentre os estatutos que vedam os *punitive damages,* há, *v.g.*, o Federal Tort Claims Act, que exclui a imposição dessa espécie de indenização contra o Governo Federal ou qualquer de seus departamentos, por mais reprovável que seja a conduta do agente;[360] ou o Foreign Sovereign Immunities Act, segundo o qual os Estados estrangeiros, sob certas circunstâncias, também estão imunes contra indenização dessa natureza.[361]

Os *punitive damages* são, em maior ou menor extensão, admitidos em 45 dos 50 estados americanos. Em alguns estados vêm previstos em lei,[362] em outros têm sua origem no

---

[356] LAGROW, J. Z. *Op. cit.*; SCHLUETER, L.e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, p. 30.
[357] SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. e loc. cit.*; KIRCHER, J. J. e WISEMAN, C. M. *Op. cit.*, p. 2-27.
[358] SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, v. 2, p. 498.
[359] *Ibidem*, p. 499.
[360] *Ibidem*, p. 524.
[361] *Ibidem*, p. 525.
[362] É o caso da Califórnia, que estabelece em seu *Civil Code,* 3294. (a): "Em uma ação fundada no descumprimento de obrigação não derivada de contrato, quando estiver comprovado por provas claras e convincentes que o réu atuou com opressão, fraude ou malícia, o autor, em adição à indenização reparatória, pode fazer jus a uma indenização que exerça a finalidade de exemplo e tenha o propósito de punir o réu." No original: "*In an action for the breach of an obligation not arising from contract, where it is proven by clear and convincing evidence that the defendant has been guilty of oppression, fraud, or malice, the plaintiff, in addition to the actual damages, may recover damages for the sake of example and by way of punishing the defendant.*"

*common law*. Como regra geral, não acolhem os *punitive damages* os Estados de Massachusetts, Nebraska, Washington, New Hampshire e Louisiana.[363]

No Estado de Connecticut os *exemplary damages* são limitados às despesas da vítima com o litígio e, por conseguinte, têm finalidade compensatória. Em Michigan, os *exemplary damages* são estabelecidos como forma de compensação adicional à vítima.[364]

Em que situações é possível a aplicação dos *punitive damages* e quão reprovável deve ser a conduta do causador do dano para justificar essa espécie de indenização é algo que varia consideravelmente de um para outro estado americano. A relativa autonomia legislativa dos estados torna um tanto assistemático o tratamento dado ao instituto pelas diversas Cortes de Justiça.

Vários são os vocábulos empregados nos diversos *statutes* e *precedents* para identificar as condutas lesivas passíveis de imposição de *punitive damages*. Freqüentemente são empregados os adjetivos *willful*, *wanton* ou *reckless*, que apresentam considerável ambigüidade, pois podem servir para fazer referência a um ato voluntário ou intencional, a uma conduta que demonstra indiferença para as possíveis conseqüências lesivas e, ainda, a um comportamento culposo que demonstra grande falta de cuidado para com a segurança de outrem.[365] Freqüente, também, é o emprego da expressão *gross negligence*, que pode ser traduzida como culpa grave, geralmente empregada para fazer referência a uma conduta que configura mais do que uma simples inadvertência ou desatenção, embora não se trate de um ato realizado com indiferença para as conseqüências.[366] Outras expressões freqüentemente

---

[363] *V. American Tort Reform Association*. Disponível em <http://www.atra.org/show/7343>. Acesso em 26 out. 2003. O Estado da Louisiana, que tem raízes no sistema de *civil law*, não aplica a indenização punitiva, a não ser nos casos expressamente previstos em lei. Já no Estado de New Hampshire, os *punitive damages* foram excluídos por lei. Massachusetts, Nebraska e Washington, não acolhem os *punitive damages* por força do sistema de *common law*.
[364] SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, vol. 1, p. 25, nota 41.
[365] KEETON, W. P. *et alii*. *Op. cit.*, p. 212.
[366] *Ibidem*, p. 211.

utilizadas em leis estaduais e julgados americanos para caracterizar uma conduta passível de *punitive damages* são: *oppression*, *fraud* e *malice*.

### 5.5.3. Alguns campos de aplicação dos *punitive damages*

O âmbito de aplicação dos *punitive damages* é variado, alcançando praticamente todos os tipos de *tort*. Para melhor definição dos contornos do instituto, é fundamental observar algumas das situações em que essa espécie de indenização vem sendo imposta.

#### 5.5.3.1 *Product liability* (responsabilidade pelo fato do produto)

Área em que os *punitive damages* desempenham um papel de destaque é a da responsabilidade civil de produtores e fornecedores por danos decorrentes de produtos defeituosos (*product liability*). O primeiro caso de aplicação de *punitive damages* em razão de defeito de produto data de 1852.[367]

Mas foi apenas em 1967 que o instituto ganhou nova dimensão, com o julgamento de dois casos envolvendo a comercialização, pela empresa Richardson-Merrell, Inc., de uma droga, o "MER 29", indicada para a redução do colesterol, mas que, como se descobriu, produzia efeitos colaterais, dentre os quais a produção de cataratas nos olhos dos usuários. A droga foi administrada em aproximadamente 400.000 pessoas, rendeu para a fabricante, Richard-Merrell, cerca de US$7 milhões e levou a 490 casos de catarata relatados. Dois julgamentos tornaram-se *leading cases*. O primeiro foi *Roginsky v. Richardson-Merrel, Inc.*[368] Em primeiro grau de jurisdição, a empresa fabricante do medicamento fora condenada a pagar

---

[367] *Fleet v. Hollenkemp*, 52 Ky. 219, 13 B. Mon. 219, 1852 WL 1716 (1852). No caso em referência, o autor ficara doente após ingerir um composto prescrito por seu médico, mas preparado erradamente pelo farmacêutico. Traços de veneno haviam sido inadvertidamente misturados com o remédio (KIRCHER, J. J. e WISEMAN, C. M. *Op cit.*, p. 6-4).

US$17,500 como *compensatory damages* e US$100,000 em *punitive damages* ao autor da ação, vítima de efeito colateral do medicamento. Todavia, a Corte de Apelações reformou a decisão, excluindo os *punitive damages*. O redator da decisão da Corte, *Judge* Friendly, argumentou que não havia evidências suficientes de um comportamento do fabricante que desse ensejo ao estabelecimento de uma indenização de caráter punitivo. Mas o argumento mais controvertido foi o de que a maciça distribuição do medicamento dera ensejo a um potencial de centenas de processos judiciais semelhantes e, em conseqüência, aumentara a possibilidade de imposição de indenizações punitivas cumulativas, cujo montante total poderia ultrapassar o necessário para punir e dissuadir a empresa fabricante, que poderia ter a sua saúde econômica irremediavelmente afetada.

Dois meses depois, foi julgado o segundo *leading case, Toole v. Richardson-Merrell, Inc.*[369] Toole, o autor da ação, fora vítima de catarata em um dos olhos como efeito colateral decorrente do uso da droga. O fabricante do medicamento foi condenado pelo júri a pagar US$175,000 de *compensatory damages* pela lesão sofrida pela vítima e US$500,000 adicionais a título de *punitive damages*, reduzidos estes últimos pelo juiz para US$250,000.[370] No julgamento considerou-se que houve malícia por parte da empresa, que sabia que o produto não era seguro, pois testes realizados previamente em animais teriam demonstrado o desenvolvimento de catarata. Além disso, o fabricante teria distorcido relatórios submetidos à FDA (Food and Drug Administration) e deixado de advertir os usuários quanto aos riscos inerentes à utilização do medicamento.[371] A Corte de Apelações confirmou os *punitive damages*, rejeitando as razões apresentadas no *case Roginsky* e argumentando que a conduta da empresa ré fora imprudente e demonstrara falta de consideração para com suas prováveis conseqüências danosas. *Toole v. Richardson-Merrell, Inc.* pode ser considerado um caso

---

[368] 378 F. 2d. 832 (2d Cir. 1967).
[369] 251 Cal. App. 2d 689,60 Cal. Rptr. 398 (1967).
[370] Através do *remittitur* o juiz pode reduzir uma indenização reputada excessiva. Ver *Black's Law..*, p. 1.298.

seminal de indenização punitiva em situação de responsabilidade objetiva (*strict liability*) pelo fato do produto (*product liability*).[372]

Já no ano de 1979, no julgamento do caso *Sturm, Ruger & Co. v. Day*[373] foram reforçados os fundamentos da aplicação dos *punitive damages* em casos envolvendo a responsabilidade civil decorrente de defeito de produto. Reconheceu-se, então, expressamente, que os *punitive damages* não eram incompatíveis com a responsabilidade objetiva, quando caracterizado que o fabricante, antes da colocação do produto no mercado, sabia da existência do defeito e, ainda mais, tinha ciência dos riscos envolvendo o uso desse produto.[374] Observou-se que os *punitive damages* desempenhariam papel de dissuasão principalmente em casos nos quais é economicamente mais vantajoso para o fabricante pagar indenizações compensatórias às vítimas que postulem indenização do que consertar o defeito do produto.[375]

**O "*Ford Pinto Case*"** – A idéia de aplicar a indenização punitiva como forma de mudar a mentalidade administrativa de fornecedores de produto, que se pautam por uma racionalidade estritamente econômica, é simbolizada pelo famoso "*Ford Pinto case*" (*Grimshaw v. Ford Motor Co*).[376] Em 28 de maio de 1972, a senhora Gray, acompanhada do jovem de 13 anos Richard Grimshaw, dirigia seu automóvel Ford Pinto por uma *freeway* quando o veículo, após uma troca de faixa, repentinamente enguiçou. O carro que vinha imediatamente atrás desviou, mas o seguinte (um Galaxie) não conseguiu evitar a colisão com a parte traseira do Ford Pinto. No momento do impacto o Ford Pinto pegou fogo e o seu interior ficou tomado pelas chamas. De acordo com o laudo de peritos, o impacto causou uma ruptura no tanque de combustível, que vazou para o compartimento de passageiros. Ambos os

---

[371] SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, vol. 1, p. 532. KIRSCHER, J. J. e WISEMAN, C. M. *Op. cit.*, vol. 1, p. 6-18.
[372] KIRSCHER, J. J. e WISEMAN, C. M. *Op. cit.*, vol. 1, p. 6-19.
[373] 594 P. 2d 38 (Alaska 1979).
[374] SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, vol. 1, p. 534.
[375] *Idem.*

ocupantes dos veículos sofreram sérias queimaduras. Quando saíram do veículo, suas roupas estavam quase completamente queimadas. A senhora Gray morreu alguns dias depois de parada cardíaca resultante das queimaduras. O jovem Grimshaw conseguiu sobreviver após intenso tratamento, um grande número de cirurgias e vários enxertos de pele. Ele perdeu pedaços de dedos de sua mão esquerda e partes de sua orelha esquerda, enquanto sua face precisou de vários enxertos de partes de seu corpo. As lesões causaram-lhe marcas de queimadura permanentes em seu rosto e em todo o seu corpo.

Grimshaw e os herdeiros da senhora Gray processaram a Ford Motor Company. O júri condenou a Ford a pagar a Grimshaw indenização compensatória de US$2,516,000 e *punitive damages* de US$125 milhões; em favor dos herdeiros da senhora Gray foi estabelecida indenização compensatória de US$559,680. No julgamento, considerou-se a circunstância de que os engenheiros da Ford teriam descoberto em testes de colisão (*crash tests*) realizados anteriormente à produção comercial do veículo que um acidente envolvendo a traseira deste poderia causar facilmente a ruptura do sistema de combustível. Como a linha de produção já se encontrava pronta quando os engenheiros encontraram o defeito, altos representantes da Ford decidiram produzir o automóvel como projetado originalmente, embora modificações de baixo custo pudessem ter corrigido o problema.

O juiz, todavia, por considerar excessivo o valor fixado pelo júri, reduziu o montante dos *punitive damages* para US$3,5 milhões, valor que acabou confirmado pela Corte de Apelações da Califórnia. A despeito disso, foi importante a rejeição, pela Corte de Apelações, do apelo da empresa, que pretendia a eliminação dos *punitive damages*. Reconheceu a Corte a excepcional reprovabilidade da empresa, que poderia ter tomado as providências necessárias para prevenir o acidente em questão e outros envolvendo o mesmo modelo de automóvel. Importante, também, foi o fato de que, em 1978, mesmo ano em que foi dado o veredicto do

---

[376] 119 Cal. App. 3d. 757, 174 Cal. Rptr. 348 (4th Dist. 1981).

júri, a Ford se viu compelida pela National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA) a fazer o *recall* de mais de um milhão de automóveis Ford Pinto fabricados entre 1971-1976.

Matéria jornalística publicada pouco depois do julgamento expôs que, em uma estimativa conservadora, o Ford Pinto, em razão do defeito na concepção do seu projeto, teria provocado a morte de 500 pessoas, talvez 900. Nessa matéria foi revelado que um memorando interno da Ford continha estudo que calculava, de um lado, o custo estimado das indenizações com acidentes envolvendo o Ford Pinto (US$200,000, por vida perdida, multiplicados pelas prováveis 180 mortes por ano, além de US$67,000 por 180 lesões não fatais, mais os danos com os veículos) e, de outro, o valor que teria de ser gasto para corrigir o problema do veículo (cerca de US$11 por unidade, multiplicados por 12.500.000 de unidades). A conclusão do estudo foi de que, do ponto de vista estatístico, o pagamento das indenizações, ao custo total estimado de US$49,5 milhões seria economicamente mais vantajoso do que o aperfeiçoamento necessário em todos os veículos, ao custo total de US$137,5 milhões, para prevenir cerca de 180 mortes por ano e um número equivalente de feridos.[377]

Além dos automóveis, diversos outros produtos defeituosos ou nocivos a consumidores ou trabalhadores têm gerado a fixação de *punitive damages*. É o caso dos dispositivos contraceptivos intra-uterinos, dos implantes de silicone, do asbesto, do tabaco. Thomas Koenig e Michael Rustad observam que, graças às decisões proferidas em ações de responsabilidade civil, os produtos hoje em dia são cada vez mais testados nos laboratórios das indústrias e menos na casa dos consumidores ou em seus locais de trabalho.[378]

---

[377]DOWIE, Mark. *Pinto Madness*. Disponível em <http://www.motherjones.com/mother_jones/SO77/dowie.html> Acesso em 26 out. 2003; CENTER FOR AUTO SAFETY. *Ford Pinto Fuel-Fed Fires*. Disponível em <http://www.autosafety.org/article.php?scid=96&did=522> Acesso em 26 out. 2003.
[378] KOENIG, Thomas H. e RUSTAD, Michael L. *In Defense of Tort Law*, p. 9.

5.5.3.2. *Transportation injuries* (acidentes de trânsito)

Outro campo de aplicação dos *punitive damages* é o dos acidentes de trânsito. Muitas são as condutas que dão ensejo à indenização punitiva, mas, dentre elas, as mais comuns são: dirigir o veículo com excesso de velocidade; conscientemente deixar de parar após um acidente; negligentemente confiar um veículo a outrem, cometendo infração deliberada ou demonstrando inconsiderado desrespeito pela segurança alheia.[379]

Particularmente graves são os acidentes automobilísticos causados por motoristas embriagados.[380] Linda Schlueter e Keneth Redden observam que os *punitive damages* são necessários para punir os motoristas embriagados (*drunk drivers*), que são responsáveis por aproximadamente metade das mortes, lesões corporais e danos materiais decorrentes de acidentes de trânsito.[381]

5.5.3.3. *Malpractice* (erro médico)

Crescente é o número, nos Estados Unidos da América, de ações fundadas em erro médico (*malpractice*), configurado pelo descumprimento do dever de cuidado do profissional no tratamento de seu paciente. A aplicação dos *punitive damages* neste campo, mais do que negligência da parte do profissional, pressupõe uma conduta particularmente reprovável do agente.[382] O grau de reprovabilidade da conduta que justificaria a imposição de uma indenização punitiva depende dos padrões estabelecidos em cada jurisdição.[383]

---

[379] SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, vol. 1, p. 603.

[380] Para uma idéia da magnitude do problema consulte-se, na Internet, o endereço da MADD (*Mothers Against Drunk Driving*), que se dedica há vários anos a combater o mau hábito de motoristas que dirigem alcoolizados, além de buscar, também, amparo para as vítimas de acidentes causados por esses motoristas: <http://www.madd.org>. Acesso em 18 set. 2003.

[381] SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, vol. 1, p. 605.

[382] GIESEN, Dieter. *International Medical Malpractice Law.* 1988, p. 222.

[383] Conforme observam Linda SCHLUETER e Kenneth REDDEN (*op. cit.*, vol. 1, p. 644), geralmente as cortes estabelecem um padrão de conduta ilícita ou uma combinação dentre os seguintes *standards* de conduta

As circunstâncias agravantes podem estar vinculadas a algum comportamento frontalmente ilegal por parte do profissional (*malfeasance*), como, por exemplo, o médico que mantém relação sexual com um paciente ou com o cônjuge de um paciente, em consciente desrespeito ao bem-estar do paciente ou aos preceitos éticos.[384] A destruição de arquivos com a finalidade de ocultar provas de negligência médica também tem sido considerado comportamento passível de sanção punitiva.[385]

Dão também ensejo aos *punitive damages* as condutas técnicas comissivas executadas de forma imprópria, incompetente ou até com intenção maliciosa (*misfeasance*). Assim, por exemplo, o médico que aplicou em paciente silicone marcado com aviso de "impróprio para uso humano".[386]

A maior parte dos casos de erro médico que levaram à aplicação de *punitive damages* consistia em condutas nas quais os médicos deixaram de empregar o procedimento técnico apropriado ou, simplesmente, não praticaram o ato que lhes incumbia (*nonfeasance*). A indenização punitiva já foi aplicada contra um anestesiologista que abandonou a sala de operação após administrar anestesia, sabedor do risco de complicações para o paciente.[387] Foi aplicado, também, no caso de um paciente que, apesar de ter procurado o médico com exame radiológico indicativo de deterioração cardíaca, não foi submetido a nenhum teste e recebeu simples instrução para continuar a tomar a medicação que havia sido prescrita por médicos plantonistas para tratamento de pneumonia. Cinco dias depois, o paciente morreu vítima de infarto do miocárdio.[388]

---

reprovável: "*(1) gross negligence; (2) reckless indifference; (3) malice, violence, or oppression; (4) reckless disregard; (5) other aggravated circumstances; or, (6) fraud.*"

[384] SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, vol. 1, p. 645.

[385] *Ibidem*, nota 1.258.

[386] *Short v. Downs*, 36 Colo. App. 109, 537 P. 2d 754 (1975). Ver SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, vol. 1, p. 646.

[387] *Medvecz v. Choi*, 569 F 2d. 1221 (3d. Cir. 1977). Ver KIRSCHER, J. J. e WISEMAN, C. M. *Op. cit.*, vol. 2, p. 17-16.

[388] *Henry v. Deen*, 310 N.C 75, 310 S.E. 2d. 326 (1984). Ver KIRSCHER, J. J. e WISEMAN, C. M. *Op. cit.*, vol. 2, p. 17-18.

5.5.3.4. Outros campos de aplicação do instituto

A indenização punitiva também tem sido aplicada em casos de ofensas à honra (*defamation*), responsabilidade de profissionais em geral (*liability of the professional*), assédio sexual (*sexual harasment*) e vários tipos de discriminação, dentre outros casos.

### 5.5.4. A *tort reform*

Considerável é o movimento de variados segmentos da sociedade americana em busca da implementação de reformas no campo da responsabilidade civil. A denominada *tort reform* tem levado à adoção de várias medidas restritivas em relação aos *punitive damages* no âmbito estadual, embora o objetivo maior seja a aprovação de legislação federal sobre o tema. Muitos buscam a abolição do instituto ou, ao menos, o estabelecimento de normas que restrinjam os casos de aplicação dos *punitive damages* e limitem os valores indenizatórios.

Dentre as organizações que apóiam a *tort reform*, uma das principais é a ATRA (American Tort Reform Association), entidade representada basicamente por associações de classe e grandes corporações.[389] Os objetivos declarados pela entidade incluem, além da limitação dos *punitive damages*: a limitação dos *non-economic damages* em geral, a reforma

---

[389] Informações sobre a ATRA estão disponíveis em <http://www.atra.org>. No *site* são indicados 50 membros representativos da Associação: 3M Company, Altria Corporate Services/Kraft Foods, American Academy of Orthopaedic Surgeons, American Association of Neurological Surgeons, American Chemistry Council, American College of Obstetricians & Gynecologists, American College of Surgeons, American Council of Engineering Companies, American Health Care Association, American Institute of Architects, American Legislative Exchange Council, American Medical Association, American Society of Civil Engineers, American Trucking Associations, America's Blood Centers, Anheuser-Busch Companies, Baxter, Boeing, CSX Transportation, Caterpillar, Cooper Industries, DaimlerChrysler Corporation, Doctors' Company, Dow Chemical, Eaton Corporation, Exxon Mobil, Gas Appliance Manufacturers Association, General Electric, Harley-Davidson Motor Company, Harleysville Insurance Companies, Johnson & Johnson, Koch Industries, Inc., National Association of Wholesaler Distributors, National Federation of Independent Business, National Fuel Gas Distribution, National Shooting Sports Foundation, National Society of Professional Engineers, Nationwide Insurance, New York Blood Center, New York Life Insurance, Pennsylvania Medical Society, Pfizer, Pharmaceutical Research and Manufacturers of America, Physician Insurers Association of America, Roller Skating Association, Small Aircraft Manufacturers Association, Snow Sports Industries America, State Farm, TRW, Wood Machinery Manufacturers of America.

das regras de responsabilidade civil em caso de acidentes provocados por produtos defeituosos, a reforma das regras de responsabilidade civil na área da saúde, a reforma da *class action*, a abolição da regra da solidariedade passiva dos responsáveis pelo dano.[390]

Os partidários da *tort reform* argumentam que os *punitive damages* são contrários à longa tradição do Direito norte-americano, que separa o Direito Civil do Criminal. O Direito Criminal se preocupa em punir o ofensor, enquanto o Direito Civil tem o objetivo de reparar ou compensar o dano sofrido pela vítima. A imposição dos *punitive damages* constituiria, assim, uma "anomalia", consistente no emprego de sanção penal na esfera civil.[391]

Argumenta-se que as multas tipicamente penais são destinadas ao Estado, enquanto os *punitive damages* são pagos à vítima, para a qual o montante indenizatório constitui um ganho inesperado (*windfall*).[392]

Outro argumento freqüente é o de que a finalidade dissuasória muitas vezes não é alcançada, pois contratos de seguro cobrem grande parte dos valores impostos a titulo de *punitive damages*.[393] Os partidários dos *punitive damages* contrapõem-se a esse argumento, ponderando que, mesmo quando uma seguradora possa responder pelo pagamento de *punitive damages* atribuídos ao seu segurado, muitas vezes a cobertura é inferior ao valor da indenização; e mesmo quando a cobertura seja suficiente, depois de efetuado o pagamento da indenização securitária muito provavelmente os valores referentes ao prêmio de um novo seguro serão objeto de um substancial aumento, se não houver o próprio cancelamento de toda e qualquer cobertura posterior. Não há de dúvida, no entanto, que, quando admissível a cobertura securitária dos *punitive damages*, estes perdem consideravelmente o seu propósito punitivo.[394]

---

[390] Para uma lista mais extensa dos objetivos da ATRA, consulte-se <http://www.atra.org/about/> Acesso em 30 out. 2003.
[391] SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, vol. 1, p. 28.
[392] *Idem.*
[393] *Ibidem*, p. 29. KIRCHER, J. e WISEMAN, C. M. *Op.cit.*, vol. 1, p. 2-9.
[394] KIRCHER, J. e WISEMAN, C. M. Op. cit., p. 2-9.

A preocupação com os montantes indenizatórios e com a definição das situações em que seria cabível a imposição dos *punitive damages* tem levado vários estados americanos a estabelecer medidas restritivas ou regulatórias. Assim, por exemplo, muitos estados exigem, para a imposição da indenização punitiva, a apresentação, pelo autor, de prova clara e convincente (*clear and convincing proff*) dos comportamentos que ensejaram essa espécie de indenização.[395]

Outros estados adotaram um julgamento bifurcado (*bifurcated trial*), para que o júri primeiro estabeleça a responsabilidade do réu e fixe a indenização compensatória, determinando, somente depois, se ao réu deve ser imposta indenização punitiva.[396]

Alguns estados estabelecem que uma parte do montante fixado a título de *punitive damages* seja destinado a um fundo estadual.[397]

Os valores das indenizações estabelecidas a título de *punitive damages* têm sido objeto de acirrada controvérsia entre partidários e opositores da *tort reform*. Os primeiros sustentam que os montantes indenizatórios estão "fora de controle", o que é atribuído, de um lado, a um excessivo poder discricionário entregue ao júri, e, de outro, à falta de preparo dos jurados para estabelecer esses valores. Convencidos do acerto desses argumentos, muitos estados americanos têm fixado limites aos *punitive damages*.[398]

---

[395] LAGROW, J. Z. *Op. cit*; Segundo informações da ATRA, a exigência de "*clear and convincing evidence*" encontra-se estabelecida em 29 estados americanos e no Distrito de Colúmbia. Informação disponível em <http://www.atra.org/show/7343> Acesso em 26 out. 2003.

[396] LAGROW, J. Z. *Op. cit.*

[397] *Ibidem.* Exemplo disso é a legislação da Flórida [*Fla. Stat.* 768.73(2)(a)-(b) (Supp. 1992)] que prevê a alocação de 35% dos *punitive damages* para o General Revenue Fund ou, dependendo do caso, para o Public Medical Assistance Trust Fund; No Iowa, a lei [Iowa Code Ann 668A.1(2)(b) (1987)] estabelece que, em determinadas circunstâncias, 75% dos *punitive damages* revertem, após o pagamento de custas e honorários, para o Civil Reparations Trust Fund; No Missouri a legislação [Mo. Rev. Stat. 537.675 (1994)] destina 50% dos *punitive damages*, após o pagamento das despesas processuais e dos honorários, para o Tort Victims' Compensation Fund. Ver KIRCHER, J. J. e WISEMAN, C. M. *Op. cit.*, p. 21-85.

[398] O *Code of Alabama*, por exemplo, estabelece que os *punitive damages* não podem exceder certos limites. Em sua *Section* 6-11-21 (a) prevê que: "(...) nenhuma indenização a título de *punitive damages* excederá três vezes os *compensatory damages* ou quinhentos mil dólares (US$500,000), o que for maior." No original: "(…*) no award of punitive damages shall exceed three times the compensatory damages of the party claiming punitive damages or five hundred thousand dollars ($500,000), whichever is greater*." No item (d) do mesmo dispositivo, esse limite é aumentado para um milhão e meio de dólares em caso de ações fundadas em danos corporais; No Colorado Statute, Section 13-21-102 (1) (a) (3), os *exemplary damages* não podem exceder o valor dos

### 5.5.5. Questões constitucionais

Tanto nos processos judiciais como no meio acadêmico são levantadas questões relacionadas com a constitucionalidade dos *punitive damages*.

Em diversas ocasiões sustentou-se que os *punitive damages* violariam a 8ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América,[399] que veda a imposição de multas excessivas ou cruéis. Em 1989, no julgamento do caso *Browning-Ferris v. Kelko Disposal, Inc.*,[400] a Suprema Corte americana entendeu que a "*excessive fines clause*" da 8ª Emenda não se aplicaria a *punitive damages* estabelecidos entre partes privadas.

Discute-se, também, se a imposição dos *punitive damages* constituiria violação do princípio do "*due process of law*",[401] consagrado na 5ª e na 14ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos da América.[402] Argumenta-se que os *punitive damages* constituem, em

---

*compensatory damages*, exceto se caracterizado que o agente, no curso da ação, persiste em seu comportamento lesivo ou agrava o dano, caso em que o montante pode chegar a três vezes o valor dos *compensatory damages*. Em New Jersey, o Punitive Damages Act, N.J.S.A. (2A:15-5.14), estabelece o limite de US$350,000 para os *punitive damages* ou cinco vezes o montante dos *compensatory damages*. Esse limite não se aplica a casos que envolvam crimes de preconceito, discriminação, resultados de teste de AIDS, abuso sexual ou motoristas embriagados (2A:15-5.14). Outros estados trazem regras semelhantes, com variações em relação ao teto das indenizações e às situações em que o teto é aplicável. Para maiores informações, consulte-se NEWSAIC. Disponível em <http://www.newsaic.com/mwcivil.html> Acesso em 30 out. 2003.

[399] "Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns." (tradução de PHILIPS, J. Henry. Disponível em <http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html> Acesso em 31 out. 2003.). No original: "*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*."

[400] 492 U.S. 257. No caso, a Browning-Ferris fora condenada a uma indenização compensatória de $51,146 e a uma indenização punitiva de US$6 milhões pela prática de violação de regra de *antitrust*.

[401] A evolução da interpretação do princípio conferiu-lhe uma dupla dimensão: procedimental e substantiva. Entende-se, modernamente, que o princípio não apenas estabelece que ninguém será privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem que se lhe garanta um processo justo (*procedural due process of law*), mas, também, que certos direitos substantivos, considerados fundamentais, não podem ser violados pela lei ou por atos emanados do poder público (*substantive due process of law*). A dimensão substantiva confere ao *due process of law* grande maleabilidade de interpretação, por introduzir a razoabilidade como critério de aferição da constitucionalidade dos atos estatais. Para um estudo mais aprofundado do tema em língua portuguesa: LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. 1999; SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 2001.

[402] A cláusula *due processes of law* encontra-se no seguinte trecho da 5ª Emenda: "Nenhuma pessoa será privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal" (no original: "*nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*"). Na 14º Emenda, está encerrada na seguinte passagem: "Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo

essência, uma sanção penal e que o réu, por conseguinte, tem direito ao devido processo legal, com todas as salvaguardas processuais concedidas aos réus em processo criminais.[403] Além disso, a imposição de uma indenização punitiva deveria manter proporcionalidade com os objetivos por ela perseguidos.

### 5.5.6. Balizas para o *quantum* dos *punitive damages*. O caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*

A Suprema Corte Americana, em várias ocasiões, foi chamada para decidir se os *punitives damages* constituiriam violação da *due process clause*.[404] A questão ganhou nova dimensão após o julgamento do caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*.[405] No ano de 1990, após comprar um automóvel BMW *sports sedan* novo de uma revendedora autorizada, pelo preço de US$40,750.88, o autor, Ira Gore, depois de dirigir o veículo por aproximadamente nove meses, levou-o para um polimento. Descobriu, então, que o carro havia sido repintado. Convencido de que fora enganado, Gore ajuizou ação, alegando fraude, em face de BMW of North America, a distribuidora americana dos automóveis BMW.

A ré, durante o julgamento, admitiu que havia adotado uma política nacional em 1983 acerca de automóveis novos danificados durante a fabricação ou o transporte: se o custo do reparo excedesse 3% do preço sugerido de venda, o carro era vendido como usado; se, todavia, o reparo não excedesse 3%, o carro era vendido como novo, sem advertir o revendedor que algum reparo fora feito. Sustentando que o custo de repintura do veículo do

---

legal“ (no original: “*nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*”).

[403] KIRCHER, John J. e WISEMAN, Christine M. *Op. cit.*, vol. 1, p. 3-10.

[404] A primeira vez, no caso *Aetna Life Insurance Co. v. Lavoie*, 475 U.S. 813 (1086). Depois, nos casos: *Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw*, 486 U.S. 71 (1988); *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257 (1989); *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip et al*, 499 U.S. 1, 7-8 (1991); *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 509 U.S 443 (1993); *Honda Motor Co., Ltd. V. Oberg*, 512 U.S. 415.

[405] 517 U.S. 559.

autor encontrava-se em torno de 1,5% do preço sugerido de venda, a ré entendeu que não estava obrigada a revelar ao revendedor o reparo que havia sido realizado.

O autor, em virtude do testemunho de um revendedor autorizado da BMW, ficou sabendo que o valor de um BMW repintado era aproximadamente 10% menor do que o valor de um carro novo. Além disso, comprovou que, desde 1983, a ré havia vendido como novos 983 veículos repintados, incluindo 14 no Alabama, sem revelar o fato aos revendedores. Tomando como base o valor de US$4,000 por veículo, o autor argumentou que uma *indenização punitiva* de US$4 milhões constituiria penalidade apropriada pela venda de aproximadamente 1.000 veículos.

Ao final, o júri condenou a ré ao pagamento de *compensatory damages* de US$4,000 e *punitive damages* de US$4 milhões, por considerar que a política de não revelação de danos nos veículos configurou conduta maliciosa ou fraudulenta. A Suprema Corte do Alabama, entendendo que o júri, no cálculo dos *punitive damages*, computara impropriamente fatos semelhantes ocorridos em outra jurisdição, reduziu o montante indenizatório para US$2 milhões.

A Suprema Corte americana, por maioria de votos, considerou que a indenização punitiva de US$2 milhões fora exagerada ("*grossly excessive*") e, por conseguinte, estaria violando a *due process clause*. Argumentou que a conduta da empresa ré não era especialmente repreensível, pois o dano sofrido pelo autor fora puramente econômico; a repintura realizada no veículo antes da venda não afetou sua *performance*, segurança ou aparência; a conduta da ré não evidenciou má-fé, indiferença ou falta de consideração pela saúde ou segurança de outrem. Além disso, o valor da indenização punitiva (US$2 milhões) correspondeu a 500 vezes o montante do dano material, sendo desporporcional em relação a este, embora não seja possível estabelecer matematicamente uma proporção entre os dois valores. Finalmente, a indenização havia sido substancialmente maior que a multa aplicável

pelo Estado do Alabama ou qualquer outro estado por condutas similares. O processo foi devolvido à Suprema Corte do Alabama para novo julgamento, com observância dos critérios determinados.[406]

A partir dessa decisão da Suprema Corte, ficaram estabelecidos três critérios (*guideposts* ou *guidelines*) para aferir a excessividade da indenização: a) o grau de reprovabilidade da conduta do réu; b) a disparidade entre o dano material efetivo ou potencial e a indenização punitiva; e c) a desproporção entre a indenização e penalidades civis autorizadas ou impostas em casos similares.[407]

## 5.6. NOTAS SOBRE OS *PUNITIVE DAMAGES* EM OUTROS PAÍSES

Embora tenham adquirido especial dimensão no Direito dos Estados Unidos da América, os *punitive damages* são empregados em maior ou menor medida nos demais países

---

[406] No ano de 1997, o caso foi finalmente revisto pela Suprema Corte do Alabama, que reduziu o montante dos *punitive damages* para US$50,000 (SCHLUETER, L. L. e REDDEN, K. R. *Op. cit.*, vol. 1, p. 65; KIRCHER, J. J. e WISEMAN, C. M. *Op. cit.*, v. 1, p. 3-31).

[407] No ano de 1996, a National Conference of Commissioners on Uniform State Laws aprovou o Model Punitive Damages Act, recomendado como modelo de lei para os diversos estados americanos. O modelo incorporou os três critérios indicados pela Suprema Corte Americana no caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*, sugerindo que o júri, no que concerne ao estabelecimento do valor dos *punitive damages*, deve ser instruído a levar em consideração os seguintes fatores: "(1) a natureza da conduta ilícita do réu e seus efeitos sobre o autor e outras pessoas; (2) o valor dos *compensatory damage*s; (3) as multas, penalidades, indenizações ou outras formas de reparação pagas ou que devam ser pagas pelo réu em relação ao ato ilícito praticado; (4) a condição econômica atual e a futura do réu e o efeito que a indenização pode causar em cada uma delas; (5) qualquer proveito ou ganho obtido pelo réu com seu ato ilícito, em excesso daquilo de que o réu provavelmente será despojado no processo e em outras ações de indenização ou reparação em face dele ajuizadas; (6) qualquer efeito adverso que a indenização possa causar a pessoas inocentes; (7) quaisquer medidas reparatórias tomadas ou não tomadas pelo réu desde a prática do ato ilícito; (8) a conformidade ou não da indenização com qualquer padrão aplicável que tenha sido promulgado por agência governamental, assim como agência não-governamental ou organização reconhecidas, cuja função seja a de estabelecer padrões; e (9) quaisquer outros fatores agravantes ou atenuantes relevantes para o montante da indenização." No original: "*(1) the nature of defendant's wrongful conduct and its effect on the claimant and others; (2) the amount of compensatory damages; (3) any fines, penalties, damages, or restitution paid or to be paid by the defendant arising from the wrongful conduct; (4) the defendant's present and future financial condition and the effect of an award on each condition; (5) any profit or gain, obtained by the defendant through the wrongful conduct, in excess of that likely to be divested by this and any other actions against the defendant for compensatory damages or restitution; (6) any adverse effect of the award on innocent persons; (7) any remedial measures taken or not taken by the defendant since the wrongful conduct; (8) compliance or noncompliance with any applicable standard promulgated by a governmental or other generally recognized agency or organization whose function it is to establish standards; and (9) any other aggravating or mitigating factors relevant to the amount of the award.*"

integrantes do sistema de *common law*, no qual o instituto teve origem. Em tais países, é firme o entendimento de que a responsabilidade civil, a par de buscar a reparação ou compensação do dano, deve exercer finalidades punitiva e preventiva.

Já nos países inseridos na família do *civil law*, é ainda grande a resistência à idéia de imposição, no âmbito da responsabilidade civil, de uma soma a título de pena. Em se tratando de dano moral, não poucas vozes sustentam as finalidades punitiva e preventiva da indenização. Mas os *punitive damages*, com sua feição própria, ainda são, em regra, estranhos aos ordenamentos jurídicos daqueles países.

Neste item, a finalidade é trazer uma breve notícia acerca da aplicação dos *punitive damages* fora dos Estados Unidos da América.

### 5.6.1 Inglaterra

Até meados do século XX não havia concordância na jurisprudência inglesa sobre se essa sanção jurídica constituía uma forma de punição e dissuasão do ofensor ou se consistia em uma mera compensação extra conferida à vítima em casos especiais.

Em 1964, a House of Lords, no julgamento do caso *Rookes v. Barnard*,[408] fixou o entendimento acerca da natureza punitiva do instituto. Lord Devlin, acompanhado por seus pares, indicou que: “A finalidade da indenização, no sentido comum do termo, é compensar. A finalidade da indenização punitiva é punir e dissuadir.”[409] O mesmo julgado estabeleceu balizas para a imposição dessa forma de sanção, limitando a aplicação dos *punitive damages* a três categorias de casos: 1º) os que envolvessem ações opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais por agentes do Estado; 2º) aqueles em que a conduta do ofensor foi por ele calculado para lhe proporcionar proveito econômico que exceda a indenização compensatória

---

[408] *All Eng Rep* 367, 407.
[409] SCHLUETER, L. L. e REDDEN, K. R. *Op. cit*., p. 618.

que tenha de pagar ao ofendido; 3º) os demais casos autorizados por lei.[410] A partir de então, essa tem sido a orientação seguida pelas cortes inglesas.

### 5.6.2 Irlanda

As cortes de justiça da Irlanda, em razão dos influxos do Direito Inglês, há muitos anos reconhecem o cabimento de indenização de caráter exemplar, que foi aplicada 1890, em um caso de *trespass* (*Reeves v. Penrose*).[411]

A questão relativa ao âmbito de aplicação dos *exemplary damages* veio a ser definida em 1991 pela Suprema Corte da Irlanda, que, no julgamento do caso *Conway v. Irish National Teachers Organisation*,[412] estendeu consideravelmente o alcance dos *exemplary damages*, estabelecendo serem eles cabíveis quando houver *violação de direitos constitucionais*, não apenas por parte de agentes estatais, mas também em casos envolvendo particulares.[413]

---

[410] BRAZIER, M. e MURPHY, J. *Op cit*., p. 528; KIRCHER, J. J. e WISEMAN, C. M. *Op. cit.*, p. 9.

[411] *Reeves v. Penrose* (1890) 26 LR Ir. 141. The Law Reform Comission of Ireland. *Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*. Disponível em <http://www.lawreform.ie/publications/data/lrc97/lrc_97.html> Acesso em 7 jun. 2003.

[412] [1991] 2 IR 305. A decisão envolveu danos sofridos por alunos que, em decorrência de um litígio envolvendo professores, tiveram sua educação escolar interrompida e se viram impedidos de se transferir de sua escola em razão de uma instrução, expedida pela associação ré, de que nenhuma outra escola poderia aceitar alunos provenientes de escolas em que os professores estivessem em disputa. A Suprema Corte condenou a associação ré, aceitando o argumento de que fora afetado o potencial acadêmico dos alunos. Considerou-se que o direito constitucional dos autores à educação, de fundamental importância, fora infringido com plena ciência e deliberação por parte da associação ré. Foram fixados *exemplary damages* no valor total de £105,000, divididos igualmente entre os 70 autores (o que dá £1,500 para cada um). Em seu voto, o juiz Finley declarou: "(...) parece-me que a Corte não teria poderes suficientemente amplos para a defesa da Constituição e dos direitos constitucionais, se ela não dispusesse, em caso de ofensa a esses direitos, de um dos mais efetivos instrumentos dissuasórios que uma corte pode ter, qual seja, o de estabelecer indenização punitiva ou exemplar." No original: "(…) *it seems to me that the court could not be availing of powers as ample as the defense of the Constitution and of constitutional rights requires unless, in the case of breach of those rights, it held itself entitled to avail of one of the most effective deterrent powers which a civil court has, the awarding of exemplary or punitive damages.*" Ecoando essas palavras, o juiz McCarthy declarou: "Cada membro do Judiciário fez uma promessa pública de manter a Constituição; seria um fracasso ímpar se as cortes, em casos apropriados como este, não estabelecessem indenizações para dar um exemplo àqueles que desprezam os direitos constitucionais dos outros." No original: "*Every member of the judiciary has made a public declaration to uphold the Constitution; it would be a singular failure to do so if the courts did not, in appropriate cases such as this, award such damages as to make an example of those who set at nought the constitutional rights of others*." O caso é relatado em The Law Reform Comission (*Ibidem*).

[413] The Law Reform Comission . *Ibidem*.

Apartou-se, assim, dos estreitos limites fixados no mencionado *leading case* inglês *Rookes v. Barnard*.

Em última análise, os *exemplary damages* são admitidos pelas cortes irlandesas em relação a todos os tipos de *torts*. É enfatizada, porém, a idéia de que essa especial forma de sanção deve ser estabelecida quando caracterizado um comportamento excepcionalmente reprovável de parte do agente. No citado caso *Conway v. Irish National Teachers Organisation*, aludiu-se à necessidade de "consciente e deliberada transgressão, em insolente desrespeito aos direitos de outrem".[414] Em *Cooper v. O'Connell*, enfatizou-se que os *exemplary damages* devem ficar restritos aos casos de conduta excepcionalmente imprópria.[415]

No que diz respeito ao *quantum* indenizatório, as cortes irlandesas ressaltam a necessidade de moderação e comedimento.

### 5.6.3 Austrália

O *common law* é o sistema jurídico vigorante na Austrália, ex-colônia da Inglaterra e monarquia parlamentarista que tem como chefe de governo o monarca inglês. As decisões das cortes inglesas, embora atualmente não tenham força obrigatória (*binding authority*), tiveram enorme influência na formação do Direito australiano.[416]

Os *exemplary damages* são empregados no Direito australiano sem as limitações estabelecidas pelas cortes inglesas. A Australian High Court estabeleceu, no caso *Uren v.*

---

[414] No original: "*wilful and conscious wrongdoing in contumelious disregard of another's rights*".

[415] *Cooper v O'Connell, Unreported, Supreme Court, 5 June* 1997. O julgado refere-se a caso de negligência da parte de dentista, que tratou de paciente durante vários anos, ao cabo dos quais, admitindo seu insucesso, encaminhou-o a outro profissional, que também não obteve êxito, o que fez com que o paciente procurasse um terceiro profissional, que, após alguns anos, solucionou o problema. Ao longo de todos os anos de tratamento, o paciente sofreu dores constantes. Embora a Supreme Court tenha reconhecido a negligência do réu, considerou não haver, em seu comportamento, arrogância, ultraje ou alguma outra característica que distinguisse o caso em julgamento de outros casos de negligência profissional. O caso encontra-se relatado em The Law Reform Comission, *ibidem*.

*John Fairfax & Sons Pty. Ltd.*,[417] que os *exemplary damages* podem ser impostos em outras situações além daquelas elencadas no já mencionado *leading case* inglês *Rookes v. Barnard*.

Essa espécie de indenização pode ser imposta em casos de ilícitos intencionais (*intentional torts*) ou em casos de ilícitos baseados em "condutas ultrajantes por parte do réu e insultante desrespeito pelos direitos do autor."[418]

### 5.6.4 Nova Zelândia

Integrante da família do *common law*, o Direito da Nova Zelândia recebe forte influência do Direito Inglês, cujos precedentes, embora não sejam obrigatoriamente seguidos, exercem força persuasiva (*persuasive authority*).[419]

As cortes da Nova Zelândia, incluída sua Suprema Corte, têm reconhecido repetidamente os *exemplary damages*, denominação preferida do instituto naquele país.

Em 1974 entrou em vigor o Accident Compensation Act 1972, que estabeleceu um amplo esquema de benefícios para compensar danos pessoais decorrentes de acidentes. A partir de então questionou-se se uma vítima de danos pessoais cobertos pelos benefícios estabelecidos pela Lei poderia pleitear *exemplary damages*. Em 1982, no julgamento do caso *Donselaar v. Donselaar*,[420] a Corte de Apelações considerou que pretensões dessa natureza não poderiam ser obstadas. Entendeu-se que os *exemplary damages* não eram destinados à compensar os prejuízos sofridos pela vítima, mas estabelecidos para punir o ofensor, em razão

---

416 SCHLUETER, L. L. e REDDEN, K. R. *Op. cit*., vol. 2, p. 622.
417 [1969] 117 C.L.R. 118 (*High Court*). Disponível em <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/117clr118.html> Acesso em 24 out. 2003.
418 SCHLUETER, L. L. e REDDEN, K. R. *Op. cit*., vol. 2, p. 623.
419 *Ibidem*, p. 630.
420 *Donselaar v. Donselaar*, [1982] 1 N.Z.L.R. 97 (C.A.).

da forma ultrajante do comportamento deste. Além disso, permitiu-se a propositura de ação na qual se pleiteasse exclusivamente indenização de caráter punitivo.[421]

### 5.6.5 Canadá

A aplicabilidade dos *punitive damages* foi reconhecida pela Suprema Corte do Canadá em 1886,[422] mas o instituto só começou a ser mais amplamente empregado na década de 1970.[423] São estabelecidos em casos excepcionais, nos quais a conduta do agente é considerada maliciosa, opressiva ou arrogante, de tal modo que chega a ofender o senso de "decoro da corte".[424]

Bem representativo da dimensão conferida aos punitive damages no Canadá é o julgamento, realizado pela Suprema Corte em 2002, do caso *Whiten v. Pilot Insurance Co.*[425] Nessa decisão foram indicados alguns princípios que devem servir de orientação para o júri: 1) os *punitive damages* constituem mais uma exceção do que uma regra; 2) devem ser

---

[421] TODD, Stephen. *Privatization of accident compensation: policy and politics in New Zealand*. Disponível em <http://washburnlaw.edu/wlj/39-3/articles/todd.pdf> Acesso em 24 out. 2003.
[422] *Collette* v. *Lasnier* (1886) 13 S.C.R. 563.
[423] HUNGERFORD, Robert F e JONES, David K. *Canadian Law on punitive damages for bad faith*. Disponível em <http://www.thefederation.org/Public/RecentNews/misc/Whiten.htm> Acesso em 2 nov. 2003.
[424] "*Punitive damages may be awarded in situations where the defendant's misconduct is so malicious, oppressive and high-handed that it offends the court's sense of decency.*" (*Supreme Court of Canada, Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130).
[425] *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18. Nesse caso, em janeiro de 1994, pouco depois da meia-noite, a autora, Daphne Whiten, e seu marido, descobriram fogo em um anexo de sua casa. O casal e sua filha saíram correndo da casa, vestindo apenas as roupas de dormir. A temperatura do lado de fora era de 18 graus abaixo de zero. O pai deu seus chinelos para a filha e saiu para pedir socorro, vindo a sofrer sérias ulcerações nos pés em conseqüência do frio. A casa foi totalmente destruída pelo incêndio, no qual foram perdidos todos os seus pertences, incluídos três gatos. A família teve de ir morar em uma pequena residência alugada por cerca de $650 mensais. A ré, Pilot Insurance Co., com a qual a autora contratara seguro de sua casa, inicialmente efetuou-lhe um pagamento no valor de $5,000, correspondente a algumas despesas de manutenção e a dois meses de aluguel. Posteriormente, recusou-se a pagar outros meses de aluguel e o seguro correspondente à perda da casa (no valor de $345,000), sob a alegação de que o incêndio fora provocado pela própria família, embora o chefe de bombeiros local e peritos da própria empresa tivessem afirmado que não havia indícios de incêndio fraudulento ("*arson*"). Os autores, então, ajuizaram ação em face da seguradora, pleiteando indenização. O júri considerou que a seguradora agiu de má-fé, fazendo com que a autora e sua família permanecessem em sérias dificuldades financeiras durante largo período. Entendeu que os contratos de seguro são celebrados para proporcionar aos segurados alguma paz de espírito em situações de perdas. Assim, condenou-a ao pagamento de *punitive damages* de US$1 milhão, além dos *compensatory damages*. A Corte de Apelações chegou a reduzir os *punitive damages* para $100,000, mas a Suprema Corte do Canadá restabeleceu o valor fixado pelo júri.

impostos apenas em casos de arrogância, malícia, arbitrariedade ou conduta altamente reprovável do agente; 3) o montante deve manter proporcionalidade com alguns fatores, tais como, o dano causado, o grau de reprovabilidade do ato lesivo, a vulnerabilidade da vítima e qualquer vantagem ou proveito obtido pelo agente; 4) devem ser levadas em consideração quaisquer multas ou penalidades recebidas pelo agente em razão do ato ilícito; 5) geralmente, são aplicados apenas em situações nas quais o ato ilícito, por qualquer motivo, iria ficar sem punição ou em casos em que outras penalidades sejam inadequadas para realizar os objetivos de retribuição, dissuasão e repreensão pública; 6) seu propósito não é apenas compensar a vítima; 7) seus objetivos são o de atribuir ao agente um castigo (retribuição [*punishment*]), para desestimulá-lo e a outros de praticar atos semelhantes no futuro (dissuasão [*deterrence*]) e marcar a desaprovação da coletividade em relação ao fato ocorrido (repreensão [*denunciation*]); 8) são estabelecidos apenas quando os *compensatory damages* são insuficientes para cumprir esses objetivos; 9) o valor da indenização não deve ultrapassar o racionalmente necessário para alcançar seus propósitos; 10) embora normalmente o Estado seja o destinatário de qualquer multa ou penalidade, o autor manterá os *punitive damages* como um "fruto caído da árvore" ("*windfall*"), em adição aos *compensatory damages*; 11) indenizações moderadas a título de *punitive damages*, que já transmitem um estigma para o réu perante a comunidade, em geral são suficientes.

#### 5.6.5.1 Quebec: os *punitive damages* no sistema de *civil law*

Uma das dez províncias do Canadá, Quebec, em razão da origem francesa de sua cultura, mantém um sistema jurídico relativamente independente do resto do país. A fonte principal do Direito vigente é a lei escrita, o que situa a província dentro do sistema de *civil law*. A influência do sistema de *common law*, todavia, é cada vez maior, tanto que o novo

Código Civil de Quebec, em vigor desde 1º de janeiro de 1994, introduziu a noção de indenização punitiva (*dommages-intérêts punitifs*) em diversos de seus artigos. O art. 1.621 do Código Civil determina que:

> "Art. 1621. Quando a lei preveja a atribuição de indenização punitiva, esta não pode exceder, em valor, o que seja suficiente para assegurar sua função preventiva.
> Em sua apreciação devem-se levar em conta todas as circunstâncias apropriadas, notadamente a gravidade da falta do devedor, sua situação patrimonial, a extensão da reparação a que ele se encontra obrigado perante o credor, assim como, quando for o caso, o fato de que o pagamento da reparação será, total ou parcialmente, assumido por um terceiro."[426]

Entende-se que o referido dispositivo legal não estabeleceu o direito à indenização punitiva como regra geral. Apenas fixou as balizas para sua aplicação, nos casos em que a lei permita essa espécie de indenização.[427]

O mesmo Código Civil prevê casos específicos de aplicação da indenização punitiva. Assim, o art. 1.899 prevê a aplicabilidade dessa espécie de indenização quando o locador recusar imóvel ou impuser condições especialmente onerosas a mulher que se encontre grávida ou tenha filho;[428] é cabível essa indenização, também, nos termos do art. 1.902, quando o locador ou qualquer outra pessoa molestar o locatário de modo a restringir o direito

---

[426] No original: "1621. *Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.*
*Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.*"

[427] DESHARNAYS, Gaétane. *Le droit aux dommages exemplaires. Qu'en est-il au juste?* Disponível em <http://www.barreau.qc.ca/journal/vol29/no15/dommagesexemplaires.html> Acesso em 2 nov. 2003. Tratando especificamente do Direito Civil quebequense, observa o autor que: "Contrariamente à *Common law*, o Direito Civil não reconhece, de modo geral, o direito à indenização exemplar." No original: "*Contrairement à la Common law, le droit civil ne reconnaît pas, de façon générale, le droit aux dommages exemplaires.*"

[428] "1899. *Le locateur ne peut refuser de consentir un bail à une personne, refuser de la maintenir dans ses droits ou lui imposer des conditions plus onéreuses pour le seul motif qu'elle est enceinte ou qu'elle a un ou plusieurs enfants, à moins que son refus ne soit justifié par les dimensions du logement; il ne peut, non plus, agir ainsi pour le seul motif que cette personne a exercé un droit qui lui est accordé en vertu du présent chapitre ou en vertu de la Loi sur la Régie du logement.*
*Il peut être attribué des dommages-intérêts punitifs en cas de violation de cette disposition.*"

deste à fruição tranqüila de sua moradia ou com a finalidade de induzi-lo a sair do imóvel locado;[429] o art. 1.968 prevê indenização punitiva em caso de retomada do imóvel obtida de má-fé pelo locador.[430]

Fora do Código Civil, outros dispositivos prevêem a aplicação de indenização punitiva.[431] Assim, o art. 272 da Lei de Proteção ao Consumidor de Quebec (Loi sur la protection du consommateur) estabelece que o consumidor pode pleitear indenização punitiva em casos de descumprimento de obrigações por parte do comerciante ou fabricante.[432]

A Carta de Direitos e Liberdades da Pessoa (Charte des Droits et Libertés de la Personne) determina, em seu art. 49, que o Tribunal pode condenar o autor de algum atentado a direito ou liberdade reconhecidos no referido diploma legal.[433]

A Lei de Proteção das Árvores prevê, no art. 1º, que aquele que destruir árvore sem autorização legal ou do respectivo proprietário ficará obrigado a pagar, além da indenização pelos danos havidos, indenização punitiva no valor de $200 por cada árvore.[434]

---

[429] "1902. *Le locateur ou toute autre personne ne peut user de harcèlement envers un locataire de manière à restreindre son droit à la jouissance paisible des lieux ou à obtenir qu'il quitte le logement.*
*Le locataire, s'il est harcelé, peut demander que le locateur ou toute autre personne qui a usé de harcèlement soit condamné à des dommages-intérêts punitifs.*"
[430] "1968. *Le locataire peut recouvrer les dommages-intérêts résultant d'une reprise ou d'une éviction obtenue de mauvaise foi, qu'il ait consenti ou non à cette reprise ou éviction.*
*Il peut aussi demander que celui qui a ainsi obtenu la reprise ou l'éviction soit condamné à des dommages-intérêts punitifs.*"
[431] Para uma visão geral, ver PIZARRO, R. D. *Daño Moral*, p. 377.
[432] "272. *Si le commerçant ou le fabricant manque à une obligation que lui impose la présente loi, un règlement ou un engagement volontaire souscrit en vertu de l'article 314 ou dont l'application a été étendue par un décret pris en vertu de l'article 315.1, le consommateur, sous réserve des autres recours prévus par la présente loi, peut demander, selon le cas:*
*a) l'exécution de l'obligation;*
*b) l'autorisation de la faire exécuter aux frais du commerçant ou du fabricant;*
*c) la réduction de son obligation;*
*d) la résiliation du contrat;*
*e) la résolution du contrat; ou*
*f) la nullité du contrat,*
*sans préjudice de sa demande en dommages-intérêts dans tous les cas. Il peut également demander des dommages-intérêts punitifs.*"
[433] "*[Réparation de préjudice pour atteinte illicite à un droit.]*
*49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.*
*[Dommages-intérêts punitifs.]*
*En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs.*"

5.7. MITOS, INVERDADES E EXAGEROS EM RELAÇÃO AOS *PUNITIVE DAMAGES*

Não são poucas as críticas endereçadas ao sistema jurídico americano, em especial no campo da responsabilidade civil, que, reconheça-se, está longe de constituir um modelo a ser seguido. O sistema dá ensejo a distorções no tocante aos valores fixados a título de *punitive damages*, que algumas vezes alcançam cifras inimagináveis em outros países e que mesmo nos Estados Unidos da América causam espanto. Verifica-se, no entanto, que muitas dessas críticas vêm fundadas em notícias incompletas e deturpadas, veiculadas pela imprensa, sempre ávida em passar adiante informações sobre julgamentos absurdos, bizarros ou desproporcionais. Afinal, essas são as notícias que vendem jornal.

A falta de preocupação com a fidelidade e a exatidão das informações faz com que, muitas vezes, sejam divulgados, pelos mais diversos meios de comunicação, casos inteiramente "fabricados", alguns dos quais se transformaram em verdadeiras "lendas urbanas". Tais casos fazem a alegria de muitos leitores e constituem munição para os partidários da *tort reform* e para aqueles que, por um ou outro motivo, se opõem aos *punitive damages*.

À guisa de exemplo, cabe mencionar a estória amplamente propagada, mas nunca comprovada, da mulher que teria acidentalmente provocado a morte de seu animal de estimação ao tentar secá-lo em um forno de micro-ondas. Após esse "acidente", a dona do animal teria processado com êxito a empresa fabricante do micro-ondas porque esta não

---

[434] "1. *Nonobstant une loi générale ou spéciale l'y autorisant, toute personne ou toute personne morale constituée au Québec ou ailleurs par une autorité quelconque, qui détruit ou endommage, totalement ou partiellement, un arbre, arbuste ou arbrisseau, ou un taillis, en quelque endroit autre qu'une forêt sous la gestion du ministre des Ressources naturelles, sans en avoir obtenu, sur requête à cet effet signifiée aux intéressés, l'autorisation du ministre de l'Environnement, à moins qu'un consentement n'ait été préalablement donné par le propriétaire de tel arbre, arbuste, arbrisseau ou taillis, est tenue de payer au propriétaire de tel arbre, arbuste, arbrisseau ou taillis, en sus des dommages réels, des dommages-intérêts punitifs d'un montant n'excédant pas 200 $ pour chaque arbre, arbuste, arbrisseau ou taillis ainsi détruit ou endommagé, totalement ou partiellement*."

indicara adequadamente que o produto não poderia ser utilizado para tal fim. Essa estória veio sendo repetida ao longo dos anos com algumas variações: algumas versões dão conta de que o animal colocado no forno de micro-ondas era um gato, outras indicam que era um cão.[435] Todavia, não há nenhum registro nos anais da jurisprudência americana acerca desse caso, embora ele venha sendo divulgado pelo menos desde 1983 pelos mais diversos meios de comunicação.[436]

Outra lenda urbana conta a estória do motorista de um veículo do tipo *motor home*, que, em sua primeira viagem, dirigia por uma *freeway*, quando, a uma velocidade de 70 milhas por hora, acionou o piloto automático e calmamente largou a direção para ir até a parte de trás do veículo para tomar um café. O veículo, evidentemente, saiu da pista e acabou colidindo. O motorista, então, acionou o fabricante do veículo porque este não fizera constar do manual do proprietário advertência sobre a necessidade de o condutor continuar no volante depois de acionado o piloto automático. De acordo com um dos relatos, o júri condenou o réu ao pagar ao autor uma indenização de US$1,750,000 e a lhe dar um novo veículo. Esse "caso", que também não consta de nenhum registro que comprove a sua existência, já foi apresentado em diferentes versões, ora indicando que o motorista era uma mulher, ora um homem de idade, ora um estrangeiro.[437]

Esses são apenas alguns exemplos de estórias fabricadas, que são divulgadas pela mídia em geral e criam um clima de antipatia em relação aos *punitive damages*.

---

[435] Algumas dessas versões podem ser encontradas em *The microwaved pet*, no *site* Snopes, que se dedica a reunir "*urban legends*" sobre os mais diversos assuntos. Disponível em <www.snopes.com/horrors/techno/micropet.htm> Acesso em 5 out. 2003.

[436] Ver RYAN, Patrick S. *Mc Do, café brûlant, et un animal domestique dans le four à micro-ondes: une reconsideratión de la notion américaine des dommages exemplaires*. *In*: *Global Jurist Advances*. 2003, v. 3. Disponível em <http://www.bepress.com/gj/advances/vol3/iss1/art3/> 15 set. 2003. O autor observa que apesar de não existir nenhum registro sobre o "caso", este foi tratado como verdadeiro por diversos órgãos de imprensa, incluídos alguns de grande reputação como o jornal Le Monde, que publicou matéria intitulada "La societé contentieuse" (A sociedade contenciosa), onde denunciou a multiplicação de processos de toda natureza no sistema americano, fato causador de embaraços em diversos setores da economia.

[437] Essas versões são encontradas no artigo *Cruise [Un]Control*. Disponível em <www.snopes.com/horrors/techno/micropet.htm> Acesso em 5 out. 2003.

Há algum tempo vem circulando amplamente um *email* intitulado "*Stella Award Nominees*", narrando várias outras estórias igualmente absurdas. O título do *email*, aliás, faz alusão a um caso real, quase sempre deturpado pela mídia e que foi até objeto de paródias e piadas em programas de televisão.[438] Trata-se do célebre caso que ficou conhecido como "The McDonald's Coffee Case".

### 5.7.1. O "*McDonald's Coffe Case*"

O caso freqüentemente é relatado da seguinte maneira: uma senhora idosa, que acabara de comprar um copo de café em uma lanchonete da rede Mcdonald's, dirigia o seu veículo, quando entornou o copo e acabou se queimando com o café; a empresa foi processada e condenada a pagar à autora indenização de cerca de US$3,000,000. Em linhas gerais, esse é o tipo de relato divulgado apressadamente por vários meios de comunicação, que sugerem que o caso constitui mais uma das banalidades que encontram acolhida no sistema judicial americano. O sensacionalismo criado em relação ao episódio foi tão grande e tantos foram os relatos apresentados que fica difícil para o leitor saber o que, efetivamente, ocorreu. O caso, embora real, não se encontra inscrito em nenhum repertório de jurisprudência americana, de modo que a apuração dos fatos verdadeiramente ocorridos depende do cruzamento de fontes não oficiais, tais como artigos de jornal e *sites* da Internet. Um esforço feito nesse sentido revela detalhes que não constaram da maior parte do noticiário sobre o caso. Tragam-se, pois, os fatos.[439]

---

[438] O caso foi parodiado na antiga e famosa série de televisão americana "Seinfeld".

[439] Os fatos ora apresentados foram baseados, principalmente, nos relatos constantes das seguintes fontes: RYAN, Patrick S. *Op. cit.*; Bogus, Carl T. *Op. cit.*, p. 19; KOENIG, Thomas H. e RUSTAD, Michael L. *In Defense of Tort Law*, p. 6; COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Tort Law. The McDonald's Hot Coffee Case*. Disponível em <http://www.cooter-ulen.com/tort_liability.htm#McDonald's%20Coffee%20Case> Acesso em 11 nov. 2003; Public Citizen. *Legal Myths: The McDonald's "Hot Coffee" Case*. Disponível em <http://www.citizen.org/congress/civjus/tort/myths/articles.cfm?ID=785> Acesso em 11 nov. 2003; ATLA (Association of Trial Lawyers of America). *Fact Sheet: McDonald's Scalding Coffee Case*. Disponível em <http://www.atla.org/ConsumerMediaResources/Tier3/press_room/FACTS/frivolous/McdonaldsCoffeecase.asp

Em fevereiro de 1992, em Albuquerque, no Estado do Novo México, Stella Lieback, uma senhora de 79 anos de idade, ocupava o banco de passageiro do automóvel conduzido por seu neto e segurava um copo de café quente que havia acabado de comprar em uma lanchonete McDonald's pelo sistema *drive-through* (ou seja, sem sair do carro, recebendo a mercadoria de uma janela da lanchonete). Após recebido o café, o neto da Sra. Lieback movimentou o veículo para a frente e o estacionou. Em seguida, a Sra. Lieback colocou o copo descartável de polietireno entre suas pernas e tentou remover a tampa de plástico para adicionar creme e açúcar. O café, então, derramou em seu colo.

Cabe aqui uma observação: diferentemente do que consta em vários relatos, a Sra. Lieback não estava dirigindo o automóvel quando o café foi derrubado; o veículo era dirigido por seu neto e se encontrava parado quando o fato ocorreu.

O café derramado foi imediatamente absorvido pelo tecido da calça que a Sra. Lieback vestia, queimando-a severamente. Um especialista em cirurgia vascular constatou que a Sra. Lieback sofreu queimaduras de terceiro grau em mais de 6 por cento do corpo, incluindo a parte interna das coxas, o períneo, as nádegas e a região genital. Ela ficou hospitalizada por oito dias,[440] durante os quais teve de se submeter a debridamento na área atingida e a enxertos de pele. Depois, permaneceu sob cuidados em casa por cerca de três semanas. Ao final desse período a Sra. Lieback havia perdido aproximadamente 20% de seu peso corporal. Em conseqüência das queimaduras e da cirurgia subseqüente, ficou com cicatrizes permanentes em mais de 16 por cento do corpo.

Inicialmente, a Sra. Lieback contatou o McDonald's para reclamar o reembolso de suas despesas médicas, então em torno de US$10,000. A empresa propôs o pagamento de

---

x> Acesso em 5 out. 2003; CJ&D (Center for Justice and Democracy). *Mythbuster! The "McDonald's Coffee Case" and other Fictions*. Disponível em <http://www.centerjd.org/free/mythbusters-free/MB_mcdonalds.htm> Acesso em 11 nov. 2003; O'Brien, Shafner, Stuart, Kelly & Morris, P.C. *The MCDONALDS Coffee Cup Case - Separating The McFACTS From The McFICTION*. Disponível em <http://library.lp.findlaw.com/articles/file/00369/005150/title/subject/topic/consumer%20law_consumer%20protection/filename/consumerlaw_1_392> Acesso em 11. nov. 2003.

apenas US$800. Terminado o tratamento, as despesas se elevaram para cerca de US$20,000. A Sra. Lieback, então, decidiu acionar a empresa. No curso da demanda, houve uma tentativa de mediação, mas a empresa rejeitou a recomendação do mediador no sentido da celebração de um acordo no valor de US$225,000, razão pela qual o caso voltou à Corte para julgamento.

De acordo com as provas produzidas, o McDonald's servia o seu café a uma temperatura que variava de 180 a 190 graus *fahrenheit* (cerca de 82 a 87 graus centígrados),[441] enquanto outros estabelecimentos similares serviam café a uma temperatura média que variava de 135 a 140 graus *fahrenheit* (cerca de 57 a 60 graus). Fotografias das queimaduras da autora foram exibidas no julgamento e um médico perito em queimaduras testemunhou que um café servido a 170 graus poderia causar queimaduras de segundo grau apenas 3,5 segundos depois de atingida a pele.

Um supervisor de segurança do McDonald's declarou que qualquer bebida servida a mais de 140 graus não pode ser imediatamente consumida, mesmo que em pequenos goles, porque poderia queimar a boca e a garganta do consumidor. Além disso, admitiu que a empresa recebera, no período de 10 anos, cerca de 700 reclamações de consumidores relacionadas com queimaduras causadas por café, sem que fossem tomadas providências para abaixar a temperatura da bebida. Um técnico em segurança da empresa argumentou que 700 reclamações correspondiam a cerca de uma reclamação a cada 24 milhões de copos vendidos, o que seria estatisticamente insignificante. A empresa, dentre outros argumentos de defesa, ponderou que o copo de café continha advertência sobre o seu conteúdo quente, fato que não impressionou os jurados, um dos quais, posteriormente, disse que precisaria de óculos para ler a advertência.

O júri considerou que a autora, a princípio, faria jus a US$200,000 a título de *compensatory damages*, os quais foram reduzidos a US$160,000 porque foi ela considerada

---

[440] Ou sete dias, segundo alguns relatos.
[441] Alguns poucos relatos falam em 165 a 170 graus *fahrenheit* (cerca de 73 a 76 graus centígrados).

culpada na proporção da 20% em relação ao evento. Além disso, o júri condenou a empresa a pagar à autora US$2,7 milhões em *punitive damages*, quantia correspondente à venda de café na rede mundial do McDonald's no período de dois dias. Um dos jurados, após o julgamento, disse: "Isso foi nosso modo de dizer: Ei, abram os olhos. As pessoas estão se queimando." O juiz, considerando excessivos os *punitive damages* fixados pelo júri, reduziu-os para US$480,000, valor correspondente a três vezes os *compensatory damages*, ponderando que essa última quantia era suficientemente apropriada para punir e dissuadir o réu. Posteriormente as partes celebraram um acordo com cláusula de sigilo em torno de um montante até hoje não revelado, mas que, segundo se especula, seria bem inferior ao fixado no julgamento.

Esses são alguns dos fatos relevantes, quase sempre omitidos pela mídia, que envolveram o caso do café fervente do McDonald's. Depois de analisadas as circunstâncias que levaram à fixação dos *punitive damages*, pode-se até não concordar com o valor fixado, mas ficam claras as razões da decisão e a finalidade da sanção: punir uma conduta reputada abusiva da empresa ré, que demonstrara indiferença para com a segurança de seus consumidores; e dissuadir a ré de continuar a por em risco a integridade física de seus clientes. Este último objetivo foi alcançado, pois o McDonald's, após o julgamento, baixou a temperatura do seu café a níveis toleráveis para o consumo, o que, certamente contribuiu para salvar diversas pessoas de sofrer queimaduras semelhantes às sofridas pela autora da ação.[442]

### 5.7.2. Considerações finais

Conforme observado, o sistema jurídico americano, como qualquer outro, tem defeitos e virtudes. Várias características daquele sistema são criticadas por juristas de países da

família romano-germânica. É natural o estranhamento em relação a um ordenamento jurídico que apresenta tantas diferenças em relação ao nosso. Não há que negar essas diferenças. Todavia, superado esse estranhamento inicial, cabe ao estudioso do direito que se proponha a tratar daquele Direito ou de algum instituto que lhe seja característico, abordar o assunto com seriedade, buscando separar os mitos da realidade. Deve, principalmente, tentar despir-se de preconceitos (embora deles nunca nos livremos inteiramente), para que estes não obscureçam o resultado das pesquisas realizadas.

No que concerne aos *punitive damages*, não há negar as distorções existentes. Elas existem e podem ser apontadas. Mas a esse respeito é fundamental esclarecer alguns pontos.

Primeiro, a imposição de *punitive damages* é menos freqüente do que se supõe. Pesquisa conduzida pelo Institute for Civil Justice (ICJ), baseado em vereditos dos anos de 1985 a 1994 em 15 jurisdições diferentes, indicaram que os *punitive damages* são estabelecidos em menos de 4% das decisões proferidas em processos de responsabilidade civil.[443]

Segundo, os *punitive damages*, em média, são estabelecidos em valores muito abaixo das cifras exorbitantes que são divulgadas na mídia. Um estudo intitulado *Tort Trials and Verdicts in Large Counties, 1996*, realizado por especialistas do U.S. Department of Justice's Bureau of Justice Statistics (BJS) e do National Center for State Courts (NCSC), concluiu que a média dos *punitive damages* era de US$38,000,[444] cifra bem inferior às que aparecem em manchetes de jornais.

Terceiro, as decisões que estabelecem indenizações em valores fora do comum são, em sua grande maioria, decisões não definitivas proferidas pelo júri. Tais decisões, com

---

[442] Conforme observado por Carl T. Bogus (*op. cit.*, p. 21): "O Caso McDonald's pode ainda fornecer munição para os partidários da *tor reform* e para apresentadores de programas noturnos de entrevistas, mas possivelmente terá salvo muitas pessoas – crianças especialmente – de sofrer lesões sérias."

[443]RAND. *Punitive Damages in Financial Injury Verdicts.* Disponível em <http://www.rand.org/publications/MR/MR889/MR889.text.html> Acesso em 11 nov. 2003.

freqüência são revistas em grau de recurso, de modo que é no mínimo equivocado considerá-las como a expressão de todo o sistema americano ou como exemplo do funcionamento do instituto dos *punitive damages*.[445]

Quarto, como se percebe claramente, o sistema de julgamento pelo júri favorece a fixação de indenizações desmesuradas ou desproporcionais. É razoável supor que o júri, composto por pessoas leigas, de formação variada, não treinadas e experimentadas em relação a assuntos jurídicos, seja mais sujeito a equívocos e a preconceitos que um juiz de direito, principalmente quando uma grande corporação litiga contra uma pessoa física. Assim sendo, essas decisões não podem ser tomadas como exemplo de como funcionariam os *punitive damages* em países em que as causas civis são julgadas por um juiz togado.

---

[444]ATLA. *Government Study Debunks Tort Reformer' Misinformation.* Disponível em <http://www.atla.org/homepage/bjs.aspx> Acesso em 12 nov. 2003.

[445] Como bem observado por Patrick Ryan: "Anunciar com segurança, como o faz a mídia, que as indenizações exemplares estabelecidas pelo júri ao termo de um processo em primeira instância vêm a consagrar o resultado final de um caso é o mesmo que decretar qual equipe ganhará uma partida de futebol após cinco minutos de jogo, sem levar em conta o tempo que resta a jogar. É certo que muitos jurados americanos têm passado das medidas; mas o sistema comporta um bom número de freios e contrapesos (*checks and balances*). Infelizmente, esses mecanismos reguladores não fazem as manchetes." (RYAN, Patrick S. *Op. cit.*).

# 6. APLICABILIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO

“A fonte última de toda autoridade já não é a tradição, mas a razão.”
(Hans-Georg Gadamer)

## 6.1. INTRODUÇÃO

O debate acerca do cabimento da indenização punitiva no Direito brasileiro traz à tona diversas questões, muitas das quais se interpenetram. É função da responsabilidade civil, tradicionalmente voltada à reparação do dano, buscar a punição do responsável? A indenização punitiva, figura típica dos países do sistema de *common law*, é compatível com o Direito dos países de tradição romano-germânica? A noção de indenização punitiva é compatível com os princípios gerais de direito e com os que informam especificamente o Direito brasileiro? Qual seria o fundamento jurídico para essa espécie de sanção? Seria ela cabível e oportuna tanto em caso de dano material quanto em caso de dano moral? Quais as finalidades dessa forma de reação jurídica? Quais são seus pressupostos ou quais as situações em que seria ela aplicável? Que critérios devem ser seguidos na fixação do *quantum* da indenização punitiva? É cabível e conveniente o estabelecimento de um limite para a indenização punitiva?

Analisando essas e outras questões, pretende-se, de um lado, demonstrar a aplicabilidade da indenização punitiva no Direito brasileiro, e, de outro, a utilidade e, mais do que isso, a necessidade dessa espécie de sanção como forma de solução de determinados conflitos de interesse. Enfatiza-se aqui a importância de estabelecer as bases teóricas da indenização punitiva, para evitar confusões conceituais e distorções na aplicação dessa figura.

## 6.2. A INDENIZAÇÃO PUNITIVA COMO MUDANÇA DE PARADIGMA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Reparar e indenizar, como já se viu, são vocábulos que remetem à noção de restabelecimento de uma situação anterior. Falar em indenização punitiva parece, então, uma contradição em termos: se é indenização, não pode ser pena; se é pena, não se trata de indenização. Mas a aparente contradição terminológica não deve ser tomada como sintoma de inconsistência da construção teórica, e sim da insuficiência do instrumental lingüístico para nomear de forma precisa a figura aqui examinada. Essa insuficiência pode, com boa vontade, ser superada pela simples adjetivação de um vocábulo já existente, para qualificar e, conseqüentemente, modificar o seu sentido original.

A resistência à indenização punitiva, transcende, por óbvio, o aspecto terminológico. A dificuldade dos doutrinadores em aceitar a idéia de uma indenização que assuma feição punitiva decorre, em grande medida, do estabelecimento da premissa de que, na esfera civil, a resposta jurídica ao dano há de ser, única e exclusivamente, a reparação. Esse é o modelo ou o paradigma a partir do qual são elaboradas as grandes construções teóricas da responsabilidade civil tradicional.

Pretende-se demonstrar que é chegado o momento de discutir seriamente a introdução do paradigma penal nos domínios da responsabilidade civil. Preliminarmente cabe passar em revista a noção de paradigma.

## 6.3. A NOÇÃO DE PARADIGMA

Todas as ciências trabalham a partir de teorias e idéias coerentes elaboradas por gerações de pesquisadores. Essas idéias e teorias, pelo prestígio angariado na comunidade

científica, acabam tornando-se modelos, os quais passam a ser utilizados pelas novas gerações de pesquisadores como fundamentos ou pontos de partida para os seus estudos. É esse conhecimento prévio, aceito como verdadeiro e indiscutível, que se torna a base ou o fundamento das pesquisas científicas subseqüentes. Thomas Khun refere-se a esses modelos ou padrões aceitos como "paradigmas".[446]

A partir do compartilhamento desses paradigmas, que se tornam consensuais na comunidade científica, forma-se aquilo que o autor denomina "ciência normal".[447] Esta se preocupa, basicamente, com três classes de problemas, quais sejam, a "determinação dos fatos significativos", a "harmonização dos fatos com a teoria" e a "articulação da teoria".[448] A ciência dita normal, em síntese, tem a sua atenção voltada para a comprovação e demonstração da teoria já elaborada ou existente.

O período que Khun denomina "ciência normal" é de inegável importância, porque nele são desenvolvidos estudos que contribuem para expandir o alcance e a precisão da aplicação do paradigma e, conseqüentemente, do conhecimento científico.[449]

Quanto maior o alcance e a precisão do paradigma, maior a oportunidade deste para identificar distorções e incongruências da teoria com determinados fatos ou acontecimentos. É a "consciência da anomalia"[450] que abre a possibilidade da mudança de paradigma.

Mas essa mudança não ocorre com a simples consciência da anomalia ou com contra-exemplos. A "ciência normal", como a história mostra, sempre tenta ajustar o paradigma existente às situações novas. O paradigma nunca é facilmente abandonado. Antes, empreendem-se ajustes e modificações *ad hoc* na teoria, na tentativa de eliminar os conflitos

---

[446] KHUN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 30. O autor, graduado em física, tornou-se professor de história da ciência. As observações constantes de sua obra, conquanto dirigidas preferencialmente às ciências ditas exatas, como física, química, biologia, podem ser empregadas em relação às chamadas ciências humanas ou sociais.
[447] *Idem*.
[448] *Ibidem*, p. 55.
[449] *Ibidem*, p. 58.
[450] *Ibidem*, p. 78.

que ela apresente.[451] Nem mesmo a descoberta de um novo paradigma ou de uma nova teoria é suficiente, por si só, para provocar o abandono ou a mudança das concepções anteriores. A ciência não abandona os seus instrumentos enquanto eles se mostrarem aptos a solucionar a maior parte dos problemas existentes.[452]

Somente quando as incongruências e as anomalias encontradas na aplicação do paradigma originam uma "crise" na teoria científica, indicando que há algo fundamentalmente errado no paradigma, pode-se desembocar em uma mudança paradigmática, surgindo, então, uma nova tradição de ciência normal.

Não existe, todavia, uma resposta única para o que venha a constituir uma crise teórica, dando ensejo a uma "revolução científica", na expressão de Khun.

A noção de paradigma, embora cunhada por Khun com olhos voltados para as ciências ditas exatas, é aplicável, *mutatis mutandis*, às ciência humanas e sociais, incluído o Direito. Com efeito, o Direito, enquanto ciência, tem o seu método e também se desenvolve a partir de modelos preestabelecidos, que são empregados na solução dos problemas existentes.

Nos domínios da responsabilidade civil já se enxerga, com nitidez, o que pode vir a ser considerado como uma mudança de paradigma, representada pela idéia de que a indenização, em certos casos, principalmente naqueles em que é atingido algum direito da personalidade, deve desempenhar um papel mais amplo do que o até então concebido pela doutrina tradicional. O "paradigma reparatório", calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta jurídica satisfatória.

Há sinais evidentes do que se pode reconhecer como uma verdadeira "crise" de paradigma, que tende a uma superação do tradicional modelo reparatório. Superação que não

---

[451] *Ibidem*, *passim*.
[452] *Ibidem*, p. 105.

se traduz, por óbvio, no abandono da idéia de reparação, mas no redimensionamento da responsabilidade civil, que, para atender aos modernos e complexos conflitos sociais, deve exercer várias funções.

## 6.4. AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil assume atualmente um papel complexo, determinado pelo próprio desenvolvimento da sociedade. As enormes mudanças sociais ocorridas principalmente no século passado modificaram inteiramente as relações sociais, que passaram a ser mais impessoais. Os conflitos sociais ultrapassaram a esfera do indivíduo para alcançar grupos sociais (como no caso de danos a consumidores de um produto ou a operários de uma fábrica) ou, mesmo, toda a comunidade (em casos de danos a interesses difusos, como o meio ambiente).

O predomínio do pensamento liberal, com sua vertente econômica extremada (o capitalismo), moldou uma sociedade profundamente desigual, que contrapõe um reduzido número de pessoas que controlam a produção e a distribuição dos bens de consumo e de serviços ao restante da população, vítima potencial de produtos e serviços defeituosos. As facilidades proporcionadas pelos impressionantes avanços tecnológicos trouxeram, e continuam trazendo, a criação de riscos de dano antes inexistentes ou o aumento considerável dos riscos já existentes.

Em um quadro como esse, a responsabilidade civil necessariamente teve que passar por mudanças radicais. A maior delas, com certeza, foi o abandono da tradicional concepção da culpa como pressuposto fundamental da responsabilidade em prol da idéia do risco como

fundamento dessa responsabilidade. Uma “sociedade de risco” tinha que redundar em uma responsabilidade civil fundada no risco das atividades nelas desempenhadas.[453]

Mas as transformações sociais não alcançaram apenas os pressupostos da responsabilidade civil. Passou-se a discutir o próprio papel desta. Ao lado da tradicional função de *reparação* pecuniária do prejuízo e da correlata função *reintegradora*[454] ou de *restabelecimento*,[455] que destaca a idéia de restauração de uma situação anterior ao dano, através de providências específicas, freqüentemente de natureza não pecuniária, consistentes em um fazer ou desfazer, outras funções foram idealizadas para aquela disciplina.

Avulta, atualmente, a noção de uma responsabilidade civil que desempenhe a função de *prevenção* de danos.[456] Do mesmo modo, cresce a idéia de uma função *punitiva* da responsabilidade civil.[457]

---

[453] Nesse sentido o ensino de José de Aguiar Dias: “As alterações, por vezes surpreendentes, das condições da vida material, tornam indispensável a criação, diríamos melhor, a retificação das normas jurídicas. (...) A idéia da responsabilidade não podia fugir a essa contingência. Sua transformação é resultado das mudanças sociais, notadamente do grande desenvolvimento da indústria. Da responsabilidade assente na culpa se passa rapidamente às presunções *juris tantum*, e daí à responsabilidade legal.” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. 1, p. 18).

[454] Encarna ROCA, jurista espanhola, indica, como função diferenciada da responsabilidade civil a: “Reintegração da situação alterada ao mesmo estado que existia antes da produção do dano: função reintegradora.” (*Derechos de daños. Textos y materiales*, p. 24) No original: “*Reintegración de la situación alterada al mismo estado que existía antes de la producción del daño: función reintegradora.*”

[455] A expressão (“*rétablissement*”) é utilizada por Geneviève Viney e Patrice Jourdan. Os autores assinalam que, ocorrido o dano, com freqüência se busca alcançar um objetivo mais ambicioso do que uma simples condenação tendente a indenizar a vítima; busca-se o “restabelecimento da situação anterior ao dano”, que se traduz, ordinariamente, em condenações não pecuniárias (VINEY, G.; JOURDAIN, P. *Traité de Droit Civile. Les effets de la responsabilité*, p. 23).

[456] Observa Matilde Zavala de GONZALEZ (*Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de daños*, p. 417) que: “Em obras tradicionais sobre responsabilidade por danos estudavam-se os seus pressupostos, com algum descuido sobre as conseqüências práticas no atinente à prevenção do dano. Isso se explica em boa medida pela circunstância de que atualmente os riscos de danos se têm elevado a níveis antes não concebidos”.

[457] Ver, por todos, CARVAL, Suzanne. *La Responsabilité Civile dans sa fonction de peine privée. passim*; e STARCK, Boris. *Essai d’une theorie générale de la Responsabilité Civile consideré en sa double fonction de garantie et de peine privée. passim*; ver, também, PIZARRO, Ramón Daniel, que menciona a “face punitiva” da responsabilidade civil (*Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, p. 187); e Encarna ROCA, que fala em “função sancionadora” (*op. cit.*, p. 24).

### 6.4.1. A tradicional função reparatória/compensatória

A responsabilidade civil remete, de imediato, à idéia de imputação a alguém do dever (sucessivo ou secundário) de reparar, ressarcir ou indenizar um dano decorrente da violação de uma obrigação fundamental ou a um dever primário (ou originário) de não lesar o próximo (*alterum non laedere* ou *neminem laedere*).[458] A partir dessa idéia, aponta-se como função da responsabilidade civil a de reparar, da forma mais completa possível, o dano decorrente de um ato ilícito,[459] em atenção ao princípio da *restitutio in integrum*.[460]

Ressarcir o dano, através de um equivalente pecuniário, ou restabelecer a situação anterior, através de providências específicas, são respostas jurídicas que, apesar de suas diferenças, podem ser consideradas espécies do mesmo gênero, reunidas naquilo que se pode denominar *função reparatória da responsabilidade civil*. Restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano – esse seria o papel principal da responsabilidade civil, a sua função preeminente.[461]

---

[458] A distinção entre os conceitos de obrigação (ou dever jurídico originário ou primário) e responsabilidade (ou dever jurídico sucessivo ou secundário) é apontada por San Tiago Dantas, que atribui a Alois Brinz a contraposição dessas idéias (*Programa de Direito Civil. Parte geral*, p. 358). Ver, também, CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 19.

[459] Excepcionalmente, a lei estabelece o dever de indenizar o dano ainda quando este não decorra de ato ilícito. É o que ocorre nas hipóteses do art. 930 do Código Civil, que prevê o dever de indenizar daquele que deteriorar ou destruir coisa alheia ou causar lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. O art. 188, II, do mesmo Código indica claramente que tais situações não constituem atos illícitos. Haveria, então, uma *obrigação* ou um *dever primário* ou *originário* de indenizar, que teria nascido no momento em que ocorreu o dano. Não haveria *responsabilidade*, porque não resultante da violação de um dever anterior. Santiago Dantas, indo mais longe, sustentava que: "(...) todos os casos em que a doutrina moderna, especialmente a doutrina francesa, procura descobrir responsabilidade sem culpa, não são casos de responsabilidade – são casos de mera *obrigação* criada por lei." (*op. cit.*, p. 361). Não concorda com essa opinião José de Aguiar Dias: "Jurista eminente, não querendo conformar-se ao fenômeno, estuda longamente o problema para concluir que a responsabilidade civil é só a que se funda na culpa, classificando como *casos de obrigação de indenizar* os de reparação não fundada na culpa. Isso nada define ou explica. Mais racional é sistematizar todos os casos sob o gênero *reparação do dano*, e seu nome, agrade ou não, é hoje *responsabilidade civil*." (Da Responsabilidade Civil, vol. 1, p. 17).

[460] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 24. DINIZ, Maria Helena. *Indenização por Dano Moral. A problemática do "quantum"*. Disponível em <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m03-005.htm.> Acesso em 18 set. 2003.

[461] VINEY, G.; JOURDAIN, P. *Op. cit.*, p. 1.

Essa é uma orientação voltada para o passado, que se ocupa de um fato já ocorrido, com vistas a eliminar ou, ao menos, minorar suas conseqüências. O dano é visto apenas como pressuposto da responsabilidade civil.

No que diz respeito à fixação do montante indenizatório, a preocupação é voltada exclusivamente para a figura da vítima. Não importa a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade da sua culpa, a sua fortuna ou quaisquer outras circunstâncias que a ele digam respeito. Estabelecida a responsabilidade, o valor da indenização é medido somente pela extensão do dano ou prejuízo.

Por esse ângulo, a responsabilidade civil é axiologicamente neutra, pois não permite nenhuma graduação no que se refere ao desvalor da conduta ofensiva. A simples reparação do dano não considera a maior gravidade da conduta.

### 6.4.2. A função preventiva

A preocupação da responsabilidade civil não se circunscreve ao dano já consumado e às formas de repará-lo. Encarece-se o objetivo de impedir a realização do dano, sua continuação ou repetição, principalmente (mas não exclusivamente) em relação àqueles bens ou direitos que não encontram na tutela reparatória a proteção adequada, como se dá com os direitos da personalidade.[462] O dano, então, não somente é pressuposto, mas elemento que mobiliza toda a atenção da responsabilidade civil.

---

[462] Conforme salienta Ramón Daniel PIZARRO: "Tanto do ponto de vista da vítima quanto do possível responsável, a prevenção do dano é sempre preferível à sua reparação. O tema, como veremos mais adiante, assume especial relevo em matéria de danos causados como conseqüência de uma lesão a direitos personalíssimos, como a intimidade, a honra ou a imagem." (PIZARRO, R. D. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, p. 184.). No original: "*Tanto desde el punto de vista de la víctima quanto del posible responsable, la prevención del daño es siempre preferible a su reparación. El tema, como veremos más adelante, asume especial relieve em materia de daños causados como consecuencia de una lesión a derechos personalísimos, como la intimadad, el honor o la imagen.*"

Avulta a importância hoje dada à denominada tutela inibitória, voltada à prevenção ou cessação do dano.[463] Sua distinção em relação à tutela ressarcitória é assinalada por Marinoni, segundo o qual: "(...) o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa."[464] Seu fundamento último está no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que garante a proteção judiciária contra a *ameaça* a direito,[465] razão pela qual é desnecessária sua previsão no plano infraconstitucional.[466]

A responsabilidade civil ampliou os seus limites, para dar realce não ao dano já consumado e à sua reparação, mas ao próprio bem jurídico e à sua preservação.[467] Prevenir o dano para que não seja necessário repará-lo é o novo enfoque de uma renovada responsabilidade civil, que talvez por isso não esteja mais confortável em sua denominação tradicional. Nos países de língua espanhola, utiliza-se a expressão "*derecho de daños*" para fazer referência ao ramo do Direito que aqui chamamos de "responsabilidade civil". A respeito da denominação da disciplina, Pizarro pondera:

---

[463] Ver SAUX, Edgardo Ignacio. *La tutela inhibitoria y la multa civil: dos modos de evitar la causación del daño en el proyecto de nuevo Código Civil Argentino*. Disponível em: http://www.alterini.org/to_se1.htm. Acesso em 10 jul. 2003.

[464] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, p. 26.

[465] Estabelece o dispositivo constitucional: "XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

[466] MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 47. De todo modo, no plano infraconstitucional, a tutela inibitória é objeto de tratamento genérico pelos arts. 461 do CPC e 84 do Código de Defesa do Consumidor. Há, também, previsão de tutela inibitória específica no art. 932 do CPC, que prevê a figura do interdito proibitório. Contra atos ilícitos do poder público, é também manejável o mandado de segurança preventivo, previsto no art. 1º da Lei nº 1.533/51.

[467] Aguiar Dias (*op. cit.*, v. 1, p. 115), citando Marton, já aludia ao "princípio da prevenção" como um dos princípios fundamentais da responsabilidade civil (ao lado do "princípio da restituição"): "Marton estranha que nunca se tenha atribuído a merecida importância à idéia da prevenção como princípio da responsabilidade civil, censura que endereça ao próprio Rümelin, porque, apesar de tudo, não fez da prevenção o seu princípio capital. Em compensação, sua convicção é exposta com pleno desassombro: '(...) a prevenção é o primeiro princípio, não somente da repressão penal, mas também da repressão civil. Pena e reparação, profundamente diferentes na estrutura interna, são, sem embargos, meios iguais da mesma política legislativa; servem, como disse muito bem Von Liszt, em derradeira análise, ao mesmo fim social, a defesa da ordem jurídica, lutando contra a injustiça.'"

> A doutrina costuma utilizar freqüentemente a expressão 'derecho de daños' conferindo-lhe sentidos nem sempre coincidentes. Às vezes, utilizando-a como sinônimo de responsabilidade civil, entendendo por tal a obrigação de reparar todo dano injustamente causado ou sofrido. Em outras oportunidades, se lhe outorga um sentido ainda mais amplo, compreensivo das questões atinentes à prevenção do dano.[468]

A questão terminológica, todavia, não é verdadeiramente importante, pois não afeta o problema em sua substância. Seja qual for a denominação dada à disciplina, o que se constata é que a responsabilidade civil moderna transborda dos limites traçados pela doutrina mais tradicional. Como observa Matilde Zavala de Gonzalez, esse ramo do Direito: "Não se circunscreve a puras técnicas de remédio, mas inclui a análise do que e como deve ser protegido contra os males injustos: é um Direito da preservação e não unicamente um Direito da reparação."[469] Na verdade, toda a primazia deve ser dada à finalidade preventiva, com a prioridade para o "não danificar", porque valoriza os bens e interesses jurídicos, não o seu valor econômico. Reconhece-se que a preservação do direito é mais importante do que a reparação do dano a ele causado, como frizado pela civilista argentina, para quem:

> (...) a responsabilidade por danos não é apenas reparadora, ao contrário sua finalidade primária se orienta em direção à prevenção de prejuízos e, caso tenha ele ocorrido, a evitar sua continuidade ou agravação; tal é a mira essencial de qualquer sã teleologia jurídica.[470]

Não se trata de desvalorizar o papel tradicionalmente desempenhado pela responsabilidade civil, mas de reconhecer, de um lado, que a prevenção do dano é preferível tanto para a vítima quanto para o possível responsável, e, de outro, que a simples reparação do dano se tornou insuficiente para atender satisfatoriamente a todos os conflitos sociais

---

[468] PIZARRO, Ramón Daniel.*Op. cit.*, p. 184.
[469] GONZALEZ, Matilde Zavala de. *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de daños*. 1999, p. 37. No original: "*No se circunscribe a puras técnicas de remedio, sino que incluye el análisis de qué y cómo debe ser protegido contra los males injustos: es um Derecho de la preservación y no unicamente um Derecho de reparación.*"

modernos, em especial àqueles em que estão em jogo os direitos mais caros ao homem, como os direitos da personalidade.[471]

Nessa passagem de um Direito Civil que enfatizava os interesses patrimoniais para outro que confere primazia aos valores existenciais, a responsabilidade civil tem o seu papel necessariamente redimensionado, como salienta Pietro Perlingieri: "O instrumento do ressarcimento dos danos e da responsabilidade civil, embora adaptado às exigências da vida moderna, demonstra-se, freqüentemente, inidôneo. A jurisprudência dos valores tem necessidade de afinar as técnicas da prevenção do dano, da execução específica, da restituição *in integro* e de ter à disposição uma legislação de seguros obrigatória e de prevenção social. Alargam-se, nesse meio tempo, as hipóteses de responsabilidade civil, utilizam-se os institutos processuais, inclusive aqueles típicos da execução, com o objeto de dar atuação, do melhor modo possível, aos valores existenciais."[472]

### 6.4.3. A função punitiva

A consolidação da idéia de que a responsabilidade civil desempenha um papel profilático, de prevenção ou evitação do dano, tem aberto espaço, principalmente no campo da proteção dos direitos da personalidade, para o estabelecimento de sanção pecuniária não

---

[470] *Ibidem*, p. 418.

[471] A preocupação da responsabilidade civil com a prevenção do dano que ameaça se produzir, prosseguir ou se repetir é destacada por Geneviève VINEY e Patrice JOURDAN (*Traité de Droit Civile*, p. 18), os quais reconhecem que: "A *priori*, a idéia de reparação, que domina o direito da responsabilidade civil, orienta-o em relação ao passado. Cuida-se em princípio de fornecer um remédio para um dano já consumado." Observam os autores, entretanto, que "para certos danos, como, por exemplo, os conflitos de vizinhança, a concorrência desleal, os atentados aos direitos reais ou aos direitos da personalidade, esta ótica se afigura insuficiente. Percebeu-se que, a par da reparação de manifestações passadas do dano, deve ser levado em consideração o futuro, a fim de impedir o prosseguimento ou a renovação dos danos constatados." Na mesma linha, a observação de Ramón Daniel PIZARRO (*Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, p. 184): "A função preventiva do direito de danos tem aumentado de importância nos últimos tempos. Esta atitude, de viés claramente dissuasório, apresenta-se como um complemento idôneo às tradicionais vias ressarcitórias. Tanto do ponto de vista da vítima quanto do possível responsável, a prevenção do dano é sempre preferível à sua reparação." Acrescenta o autor que o tema "assume especial relevo em matéria de danos causados como conseqüência de uma lesão a direitos personalíssimos, como a intimidade, a honra ou a imagem."

relacionada diretamente com a extensão do dano, com a finalidade de prevenir a prática de novos comportamentos ilícitos, violadores daqueles direitos especialmente caros ao homem.

A pena, no plano teórico, exerce sempre uma função preventiva. Quando se impõe um sanção pecuniária não relacionada diretamente com a extensão do dano, está sendo assinalado para o ofensor em particular e para a sociedade em geral que aquela conduta é inaceitável, reprovável, intolerável e não se deve repetir. Toda pena, incluída a de multa, tem uma finalidade de prevenção: especial, quando visa a dissuadir o ofensor de persistir ou reincidir na prática de condutas ilícitas; geral, porque adverte toda a comunidade e os potenciais causadores de condutas ilícitas.

Se, concretamente, uma pena não se mostra eficaz como fator de prevenção, isso é uma questão que diz com a eficácia do instrumento, não com a sua natureza ou essência. O que aqui se deseja assinalar é que toda pena, incluída a de multa, é concebida para prevenir a prática de uma conduta indesejável.

É certo que nem toda medida preventiva tem o caráter de pena. Com efeito, através da já mencionada tutela inibitória pode buscar-se a prevenção do dano por meio de medidas variadas, que não apresentam caráter intrinsecamente punitivo, tais como a apreensão de mercadorias (em caso de tentativa de violação de marca) ou a imposição de obrigação de não-fazer (para proibir a publicação de matéria ofensiva à honra). Mas a pena atua como importante fator de prevenção nos casos em que as demais formas de prevenção falham ou são inaplicáveis e também naqueles casos em que, uma vez ocorrido o dano, a tutela reparatória não exerce força intimidativa sobre o ofensor.

Forçoso reconhecer que há situações em que as medidas preventivas não punitivas não são aplicáveis. E, em algumas dessas situações, a simples reparação do dano não é suficiente para dissuadir o ofensor da reiteração de condutas danosas. É o que se dá, por exemplo,

---

[472] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*, p. 32.

quando o custo da indenização é menor do que o custo de evitá-la; ou quando o proveito obtido com o ato danoso supera o prejuízo resultante da reparação do dano.

Além disso, mesmo abstraída qualquer idéia de custo ou de proveito econômico por parte do ofensor, a simples reparação do dano muitas vezes não constitui solução jurídica adequada porque não atende ao sentimento médio de justiça, que clama por alguma forma de retribuição do mal suportado.

Casos há, enfim, em que, dadas as circunstâncias concretas do caso, a indenização atua, queira-se ou não, como forma de sanção penal.

A pena pecuniária deve, pois, ser vista como legítima resposta jurídica a determinados comportamentos, ofensivos a certa categoria de bens jurídicos, em situações nas quais outras medidas ou formas de sanção se mostram inaptas ou falhas.

Impõe-se, portanto, uma revisão nos próprios fundamentos da responsabilidade civil tradicional, que não oferece solução adequada aos inúmeros problemas trazidos pela sociedade moderna.

## 6.5. A RELATIVIZAÇÃO DA DICOTOMIA DIREITO PENAL-DIREITO CIVIL

A ciência jurídica, nos países de tradição romano-germânica, encontra-se fortemente influenciada pela idéia de que a finalidade da responsabilidade civil é exclusivamente a reparação do dano. Essa é a noção que perpassa a dogmática jurídica tradicional, que trabalha com o *paradigma reparatório*.

A dicotomia Direito Civil-Direito Penal, estabelecida pela doutrina, consolida esse entendimento. A preocupação da responsabilidade civil, ramo do Direito Civil, seria a reposição da situação de fato existente antes do dano ou, ao menos, o restabelecimento da situação econômica anterior. A atenção é dirigida preponderantemente para a figura da vítima.

Ao Direito Penal, sim, cabe(ria) a preocupação de reprovar a conduta lesiva, punindo o seu autor e, com isso, prevenindo novos ilícitos. A atenção, então, é voltada predominantemente para a figura do ofensor.

Não deve, porém, causar estranheza o emprego de uma sanção de natureza penal na esfera do Direito Civil. Os domínios do Direito Civil e do Direito Penal nunca foram fechados ao tráfego de seus institutos mais característicos. A separação entre os dois ramos do Direito não é e nem deve ser absoluta.

Além disso, a tradição, em si considerada, não pode constituir óbice à aplicação de instituto que se mostre apto e, até, indispensável para regular conflitos de interesse. Justa, assim, a ponderação de Pizarro: "A eficácia de uma instituição nunca pode ser indiferente ao homem de Direito, nem ficar relegada por razões dogmáticas ou por apego às tradições."[473]

Trazendo a debate a questão sobre a possibilidade de a responsabilidade civil desempenhar funções de prevenção e punição, Júlio Manuel Vieira Gomes, citando Trimarchi, pondera que não há nenhuma razão plausível para renunciar a esses escopos, observando que a própria transferência do dano sofrido pela vítima para a pessoa do ofensor (e não para uma outra pessoa qualquer) clama por uma justificação, que é encontrada, ao final, no propósito de punir o causador do mal, prevenindo, com isso, comportamentos semelhantes. Sem essa justificação, a responsabilidade civil perderia por completo sua referência ético-valorativa, e não haveria razão para não abandonar de vez o sistema atual de atribuição de responsabilidade, substituindo-o por outro, em que os danos seriam, por exemplo, cobertos por um fundo social universal.[474]

A clássica separação entre Direito Penal e Direito Civil constitui, na verdade, uma dimensão menor da não menos tradicional dicotomia entre Direito Público e Direito Privado,

---

[473] PIZARRO, R. D. *Daño moral*, p. 396. No original: "*La eficacia de una institución nunca pude ser indiferente al hombre de derecho, ni quedar relegada por razones dogmáticas o por apego a las tradiciones.*"

[474] GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem Causa*, p. 737-738 e nota 1.151.

que, na observação de Júlio Manuel Vieira Gomes, "é a expressão de um liberalismo jurídico que está muito longe de ser partilhado por todos".[475] Em uma sociedade complexa como a nossa, o público e o privado interpenetram-se, superando a tradicional dicotomia.[476] Antigos redutos do Direito Privado, como o direito contratual, sofrem marcada interferência do poder público, enquanto este se vale cada vez mais de instrumentos próprios do Direito Privado.[477] Em tal contexto, como observa Pietro Perlingieri, a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser quantitativa, com o predomínio, em cada instituto, ora do público, ora do privado.[478] Nessa seqüência, a divisão entre o Direito Penal e o Direito Civil, que agudiza aquela já ultrapassada dicotomia, deve também ser relativizada.

Essa interpenetração entre o público e o privado e, conseqüentemente, entre o Direito Penal e o Direito Civil cria uma nova arquitetura para a responsabilidade civil, que deve ser vista como um conjunto ordenado de princípios e regras voltado para a tutela simultânea dos interesses do indivíduo e da coletividade.

---

[475] *Ibidem*, p. 745.

[476] Neste sentido, o ensino de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem: "(...) a separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação." (MORAES, M. C. B. de. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. *In*: *Revista de Direito Civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais. 65: 25, julho/setembro 1993).

[477] A sedimentação das noções de primazia da Constituição sobre os textos normativos infraconstitucionais e de máxima eficácia dos princípios constitucionais tem gerado um movimento de "constitucionalização do direito", no qual a influência dos valores e princípios constitucionais na interpretação e aplicação dos institutos de Direito Civil se faz sentir de forma cada vez mais intensa, relativizando a dicotomia aqui debatida. Neste sentido, a lição de Fachin: "Essa dicotomia vai gradativamente cedendo espaço. O conjunto das alterações começa a ser operado a partir da Constituição; daí o que se entende por 'constitucionalização', que significa o processo pelo qual a Constituição vai gerar mudança que irá repercutir no Direito Civil." (FACHIN, Edson Luiz. *Teoria crítica do Direito Civil*, p. 76).

[478] PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 54. Como observa o autor: "Existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também, sempre presente o interesse dito da coletividade e público; e institutos em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização dos interesses individuais e existenciais do cidadão."

### 6.5.1. O paradigma reparatório no Direito Penal

Conforme observado por Suzanne Carval,[479] nos domínios do Direito Penal não é estranha a idéia de reparação civil como forma de resposta (sanção) para certos delitos, de menor gravidade. Muitos são os exemplos que podem ser extraídos do nosso ordenamento jurídico.

Nos crimes de menor potencial ofensivo, cuja ação penal seja de iniciativa privada ou pública condicionada à representação, a composição dos danos civis (incluído o dano moral), uma vez homologada pelo juiz, acarreta a renúncia ao direito de queixa ou de representação (art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95).[480] É importante ressaltar que, em tal situação, a reparação civil foi tão valorizada que a Lei prevê a intimação do responsável civil, quando este não for o autor do fato tido como delituoso (art. 71 da Lei nº 9.099/95).[481] Em havendo acordo com o responsável civil, a conseqüência também será a renúncia ao direito de queixa ou de representação.

A Lei nº 9.099/95 também trouxe, como novidade, o instituto da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89, que indica como condição obrigatória a reparação do dano.[482]

O próprio Código Penal já estabelecia, em alguns dispositivos, que a reparação do dano tinha influência na esfera penal. Exemplo disso é o disposto no art. 16 do CP, que prevê

---

[479] CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 383.

[480] "Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.
Parágrafo único - Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação."

[481] "Art. 71. Na falta do comparecimento de qualquer dos envolvidos, a Secretaria providenciará sua intimação e, se for o caso, a do responsável civil, na forma dos arts. 67 e 68 desta Lei."

[482] "Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).
§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:
I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo".

a figura do arrependimento posterior.[483] A reparação do dano constitui circunstância atenuante, nos termos do art. 65, inciso III, alínea *b*, do CP.[484] É também requisito para o livramento condicional (art. 83, IV, do CP);[485] requisito para a reabilitação (art. 94, III, do CP);[486] condição para a concessão do *sursis* especial (art. 78, § 2º, do CP);[487] sua ausência constitui causa de revogação obrigatória do *sursis* (art. 81, II, do CP);[488] dá ensejo à extinção de punibilidade do crime de peculato culposo (art. 312, § 2º, do CP).[489]

---

[483] "Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços."

[484] "Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
(...)
III - ter o agente:
(...)
b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano".

[485] "Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:
(...)
IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração".

[486] "Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:
(...)
III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida."

[487] Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.
(...)
§ 2º - Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

[488] "Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:
(...)
II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano".

[489] "Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.
Peculato culposo
§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.
§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta."

### 6.5.2. O paradigma penal no Direito Civil

O Direito Civil, por sua vez, está repleto de exemplos de sanções penais ou penas privadas para os atos culpáveis, as quais podem tomar a forma da exclusão de algum benefício a que teria direito o autor do ato ou consistir na imposição de uma verba sem relação direta com o prejuízo real ou efetivo do lesado.

Georges Ripert de há muito já apontava, nos domínios do Direito Civil francês, vários exemplos de penas privadas. Expôs o mestre francês: "Pondo de parte a intervenção possível duma sanção penal, é interessante ver como o Direito Civil vai tentar, dentro do possível, prevenir e reprimir os atos culpáveis. Não há outro meio senão condenar o autor do ato, mas é impossível, por falta de texto, condená-lo a penas públicas. É preciso, pois, imaginar penas civis, penas privadas."[490]

No Direito pátrio não são poucos os exemplos de institutos típicos de Direito Civil de indisfarçável cariz punitivo. Não é preciso mais do que uma breve reflexão para lembrar de alguns desses institutos.

• Juros de mora: Os juros de mora constituem figura típica de Direito Civil com marcante traço de sanção penal, conquanto a doutrina civilista tradicional busque conferir-lhe caráter reparatório de um dano presumido.[491] O que denuncia a natureza penal da figura é a circunstância de ser ela aplicável ainda que o devedor possa comprovar que o credor nenhum dano teve com a mora, o que é incompatível com toda idéia de reparação.

• Cláusula penal (art. 416 do Código Civil): A cláusula penal, como o próprio nome indica, é figura que exerce função tipicamente punitiva, na medida em que sua imposição

---

[490] RIPERT, Georges. *A Regra moral nas obrigações civis*, p. 331.

[491] Assim, AGUIAR DIAS, José (*op. cit.*, vol. 1, p. 106), segundo o qual os juros de mora constituem caso de presunção de dano: "Não tem o credor de demonstrar prejuízo: a satisfação da obrigação, se feita com atraso, acarreta a fluência desses juros, que se consideram a indenização do prejuízo que se presume ter sofrido o credor, com a mora";

**Excluído:** *M*

**Excluído:** *O*

**Excluído:** *C*

**Excluído:** . 2000

independe da comprovação e até da alegação de prejuízo. É suficiente o descumprimento de uma obrigação.

• *Astreintes* (arts. 461 do CPC e 84 da Lei nº 8.078/90): Constituem as *astreintes* uma multa diária estabelecida com a finalidade de compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação. O pagamento da multa não prejudica o direito do credor de exigir o cumprimento específico da obrigação, seu equivalente pecuniário e a postulação de perdas e danos.

• Arras (arts. 418 e 420 do Código Civil): Como a cláusula penal, à qual se assemelha, as arras, sejam ela confirmatórias ou penitenciais, não estão relacionadas com um dano efetivo, o que revela o seu caráter sancionatório, a despeito de o art. 420 do Código Civil indicar que ela exerce função unicamente indenizatória.

• O pagamento em dobro do valor indevidamente cobrado constitui penalidade que visa a coibir conduta reprovável daquele que se afirma credor (art. 940 do Código Civil).

Os influxos de um ramo do Direito no outro são evidentes, demonstrando que a separação entre Direito Penal e Direito Civil é mais de ordem metodológica ou didática do que lógico-jurídica. Essa divisão ou ramificação do Direito não constitui, portanto, argumento válido contra a idéia de pena privada como forma de reação jurídica ou sanção para certos ilícitos civis de maior gravidade.

## 6.6. A INDENIZAÇÃO PUNITIVA E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A função punitiva da indenização do dano moral não é estranha à nossa legislação. A Lei nº 4.117 de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), em seu artigo 8º, já indicava que o juiz deveria, ao fixar a indenização do dano moral, levar em consideração a situação econômica do ofensor e a intensidade do ânimo de ofender:

> Art. 84: Na estimação de dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, *a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender*, a gravidade e a repercussão das ofensas.

Do mesmo modo, o art. 53 da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250 de 1967), ao cuidar do arbitramento da indenização do dano moral, indica alguns critérios que conferem induvidoso colorido punitivo à indenização:

> Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:
> I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;
> II - *A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação*;
> III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

A intensidade do dolo ou o grau de culpa do ofensor, sua situação econômica e o fato de ele ter sido anteriormente condenado são fatores que não se relacionam com a finalidade compensatória da indenização: assinalam, claramente, a finalidade punitiva da sanção.

É interessante observar que a previsão de tais critérios nos dispositivos legais antes transcritos não despertou na doutrina ou na jurisprudência nenhuma polêmica digna de registro. Não se levantaram lanças contra o caráter punitivo dessas indenizações. Provavelmente, isso se deve ao fato de que aquelas leis previram o dano moral em situações pontuais. Além disso, ambos os diplomas legais estabeleceram limites indenizatórios estreitos, o que, em termos práticos, retirou consideravelmente a força punitiva da indenização do dano moral.

Excluído: ele

Excluído: ,

Excluído: naquelas leis, o dano moral vinha previsto

Excluído: iam

Excluído: se não excluía

Excluído: ava

O Código Civil brasileiro não contempla expressamente a aplicação de indenização com caráter punitivo. Ao contrário, como já observado em mais de uma passagem, a regra geral acerca da matéria é a do art. 944, que estabelece que a extensão do dano constitui a medida e o limite da indenização.[492]

**Excluído:** igo

A exceção trazida pelo parágrafo único do art. 944, pelo qual o juiz poderá reduzir eqüitativamente a indenização em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, rompe com longa tradição civilista pátria, conferindo relevância à culpa do agente como critério para a estimativa do montante indenizatório. Contudo, não afeta o caráter estritamente compensatório do *quantum* indenizatório, já que a falta de simetria entre o dano e a indenização se dá em prejuízo do dano, que pode deixar de ser reparado em parte. Não se prevê a possibilidade de o montante indenizatório superar o dano, o que, aí sim, daria colorido punitivo à indenização. A exceção contida no parágrafo é representativa do conflito do legislador entre a tradição jurídica – que, prescindindo do elemento culpa para a fixação do montante indenizatório, associa a indenização ao dano – e a tendência atual de "repersonalização" do Direito Privado, através da qual se busca valorizar o homem, ainda que em detrimento do patrimônio, com a introdução de princípios de eqüidade.[493] Com fundamento na eqüidade, admite-se que a culpa possa servir como critério para mitigar a

---

[492] O Projeto de Lei nº 6.960/2002, do Deputado Ricardo Fiúza, prevê a inclusão de um parágrafo ao art. 944, consagrando expressamente a indenização punitiva do dano moral, com a seguinte redação: "§ 2º. A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante." Em justificativa ao Projeto, o Deputado observa que a regra do artigo, em sua redação atual, é insuficiente, porque se adapta apenas ao dano material, não ao moral. Argumenta que: "Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se neste contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau de culpa do lesante, da eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito (v. Carlos Alberto Bittar, Reparação civil por danos morais, cit., p. 221). Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a 'inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade', traduzindo-se em 'montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo' (...). Ao juiz devem ser conferidos amplos poderes, tanto na definição da forma como da extensão da reparação cabível, mas certos parâmetros devem servir-lhe de norte firme e seguro, sendo estabelecidos em lei, inclusive para que se evite, definitivamente, o estabelecimento de indenizações simbólicas, que nada compensam à vítima e somente servem de estímulo ao agressor." (FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*, p. 118).

responsabilidade civil, mas não para agravá-la. A eqüidade nesse caso atua em favor do culpado causador do dano, deixando de lado a vítima inocente. De todo modo, a exceção trazida à regra da reparação integral constitui uma inclinação, ainda que inconsciente, em direção às finalidades preventiva e punitiva da responsabilidade civil, uma vez que se reconhece que a imposição do dever de indenizar parcialmente a vítima pode constituir medida suficiente para o causador do dano cuja culpa seja menos grave.

Em escólio ao art. 494º do Código Civil português,[494] que induvidosamente serviu de inspiração ao parágrafo único do art. 944 do nosso Código, Vieira Gomes observa: "A função preventiva e sancionatória da responsabilidade civil sobrepõe-se de tal forma à idéia de reparação que acaba por exigir-se, aqui, ao lesado inocente que suporte uma parte do dano. Mas a eqüidade só funciona para a doutrina dominante num sentido, ou seja, no sentido desfavorável ao lesado."[495]

## 6.7 A INDENIZAÇÃO PUNITIVA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Independentemente de qualquer previsão legal, a indenização punitiva do dano moral é aplicável em nosso ordenamento jurídico, porque retira seu fundamento diretamente de princípio constitucional. É no princípio da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal que ela encontra seu fundamento lógico-jurídico. A aplicação dessa forma especial de sanção é, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral,

**Excluído:** seria

**Excluído:** , também,

[493] Conforme observa Fachin: "Os princípios aparecem em outro movimento que o Direito Privado começa a sofrer, o da 'repersonalização', que significa discutir os valores que o sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia." (FACHIN, L. E. *Teoria crítica do Direito Civil*, p. 78).

**Excluído:** Luiz Edson

**Excluído:** . 2003,

[494] Estabelece o art. 494º: "Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indenização ser fixada, eqüitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de

encartados no art. 5º, incisos V e X, da Constituição brasileira. Tais princípios constitucionais, como *mandados de otimização* que são, ou seja, "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível",[496] ao mesmo tempo que consagram direitos de natureza fundamental, determinam ao operador jurídico que empregue todos os meios possíveis para a proteção desses direitos.

Neste sentido, já tivemos oportunidade de observar que, a despeito de todas as resistências (políticas, ideológicas, filosóficas), é inegável o movimento, na doutrina e, em pequena medida, na jurisprudência, em direção à implementação, via Poder Judiciário, dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Ainda que lentamente, os operadores do Direito vão abandonando idéias forjadas sob a influência de um Estado liberal, como a do caráter programático das normas (*rectius*: dos textos normativos) constitucionais que cuidam dos direitos sociais. Dissemina-se a idéia de que o texto constitucional, em seu todo, tem força normativa, que reclama aplicação, independentemente do concurso do legislador infraconstitucional.[497] Dentro dessa concepção, desarrazoada seria a idéia de que para a proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade o operador jurídico estaria limitado ao manejo dos mecanismos postos à disposição pelo legislador, o que excluiria a indenização punitiva, por não estar prevista expressamente na lei. Para a proteção e promoção do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade impõe-se o emprego não apenas do ferramental previsto pelas normas infraconstitucionais, mas de todos os meios hábeis ou necessários para esse desiderato.

A indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta

---

culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem."

[495] GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Op. cit.*, p. 795.

[496] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

[497] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dimensões da interpretação conforme a constituição. *In*: *A constitucionalização do Direito. A Constituição como* locus *da hermenêutica jurídica*, p. 101.

**Excluído:**

**Excluído:** –

**Excluído:**

**Excluído:** *D*

**Excluído:** *F*

**Excluído:** *C*

**Excluído:** .

**Excluído:** 2003,

linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade. A lei tipicamente penal não tem como prever, em tipos delituosos fechados, todos os fatos que podem gerar danos injustos, razão pela qual muitas ofensas à dignidade humana e a direitos da personalidade constituem indiferentes penais e, por conseguinte, escapam do alcance da justiça criminal. Além disso, por razões diversas, nem sempre a sanção propriamente penal, oriunda de uma sentença penal condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção de ilícitos. Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento necessário para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos.

## 6.8. FINALIDADES DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

A indenização punitiva atende a dois propósitos bem definidos que a apartam da indenização de natureza compensatória: a retribuição (punição) e a dissuasão (ou prevenção).

**Excluído:** A

### 6.8.1. Retribuição (punição)

Como a própria denominação sugere, a indenização punitiva exerce o papel de punição de condutas graves. Partindo de um juízo de valor em relação ao comportamento do agente, é atribuída a este uma sanção pecuniária que atua como retribuição pelo dano injustamente causado à vítima. O que distingue a indenização punitiva da indenização

compensatória é justamente a circunstância de que, na primeira, a fixação do montante leva em consideração a gravidade do comportamento do ofensor, enquanto, na segunda, o *quantum* é estabelecido com base na gravidade do dano sofrido pelo lesado.

Ao mudar o foco da figura da vítima para a do agressor, a indenização punitiva atende a um *imperativo ético*, porque possibilita a realização de um juízo valorativo diferenciado para comportamentos merecedores de diferente censura. Atribuindo importância à conduta do ofensor, e não apenas à conseqüência sofrida pela vítima, distingue um comportamento mais reprovável de um menos reprovável. Introduz, desse modo, um *critério de justiça* no âmbito da responsabilidade civil.

Imaginem-se dois acidentes de trânsito, o primeiro, causado por motorista que tem habilitação há anos, sem uma única infração, que dirigia em velocidade compatível com o local, mas, por inexplicável imperícia na mudança de marchas, perdeu o controle do seu automóvel em uma curva e colidiu com outro veículo. O motorista prontamente socorre a vítima, levando-a ao hospital, dando-lhe toda a assistência necessária e demonstrando grande consternação com o ocorrido.

O segundo acidente é causado por motorista que, após ingerir bebida alcoólica em quantidade acima da permitida pelas leis de trânsito, dirigia seu automóvel em rua movimentada, em excesso de velocidade, apostando corrida com outro veículo, o que fez com que perdesse o controle e atingisse um terceiro automóvel. Após o acidente, o motorista tenta se evadir do local sem prestar auxílio à vítima, só não o conseguindo porque é alcançado pela polícia. Em nenhum momento o motorista causador do acidente demonstra arrependimento, e até manifesta indiferença pelo ocorrido.

Assumindo que as vítimas de ambos os acidentes hipotéticos sofreram lesões igualmente graves e abstraindo qualquer outra possível diferença relevante entre as situações, atentaria contra o senso comum condenar os dois motoristas ao pagamento de igual valor de

Excluído:

Excluído: Um outro

Excluído: do acidente

Excluído:

indenização por dano moral. Repugnaria ao sentimento de justiça atribuir igual peso a condutas tão desiguais, porque tão diferentemente censuráveis. Fossem os fatos, ainda por hipótese, julgados na mesma época pelo mesmo juiz, provavelmente seriam fixados valores indenizatórios diferentes, em atenção à distinta reprovabilidade das condutas dos motoristas ou à diferente intensidade da culpa de cada um.

Excluído: muito

Excluído: stinto

Para robustecer a idéia que se deseja transmitir, poderiam ser confrontadas situações ainda mais extremadas uma da outra, como a de um dano moral causado culposamente em comparação com a de um dano moral de igual gravidade, mas causado dolosamente. Retome-se o primeiro exemplo hipotético, de um acidente de trânsito no qual o condutor do veículo foi responsável por imperícia, acrescentando-se que a vítima, como resultado do evento, sofreu lesões graves. Compare-se agora essa situação com outra, na qual uma pessoa, treinada em artes marciais, dolosamente agride outra por trás e, mesmo depois de fazê-la perder os sentidos, continua a agredi-la a socos e pontapés, vindo a causar-lhe lesões tão graves quanto as ocorridas na hipótese anterior. É induvidoso que a conduta do segundo agente é mais grave que a do primeiro e, por isso, deve ele arcar com indenização por dano moral de valor consideravelmente superior, a despeito de as vítimas, nas duas hipóteses, terem sofrido lesões equivalentes.

Excluído:

De feito, repugna ao senso comum que, diante de lesões causadas por comportamentos tão marcadamente diferenciados no que diz respeito à sua reprovabilidade a resposta jurídica tenha a mesma dimensão. Dificilmente um juiz, apreciando os dois casos, fixaria montantes indenizatórios iguais. E não se diga que a imposição de uma quantia mais elevada para a agressão dolosa decorra do maior sofrimento que uma agressão dessa natureza cause à vítima. Isso seria sofismar, inserindo um elemento *ad hoc*, qual seja, um *plus* de sofrimento da vítima em razão da natureza da ação do autor do dano, elemento que é, além de tudo, de difícil ou até

impossível comprovação. O que impõe uma reação jurídica mais intensa ao segundo dano é a maior reprovabilidade da conduta do agente que o causou.

O último exemplo mencionado foi extraído de um caso de responsabilidade civil julgado, em segundo grau de jurisdição, pela 8º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.[498] O acórdão relata que o autor da ação civil foi vítima de brutal agressão perpetrada pelo réu do lado de fora de boate normalmente freqüentada por jovens de classe alta e classe média alta. A causa da agressão teria sido o ciúme doentio do réu em relação ao namoro de sua irmã com o autor, cujo relacionamento amoroso havia terminado uma semana antes dos fatos. O réu, usando de sua privilegiada condição física e de suas habilidades de lutador de artes marciais, minutos depois de ter agredido um outro rapaz atacou de surpresa o autor, quando este se encontrava de costas, caminhando em direção ao carro. Sem possibilitar qualquer chance de defesa ao autor, deu-lhe um violento soco no rosto, fazendo-o tombar ao solo desacordado e inconsciente. O réu, demonstrando fúria, desferiu vários chutes, socos e cotoveladas contra a vítima, causando-lhe lesões graves que quase provocaram sua morte.

**Excluído:** agressiva

**Excluído:** su

O réu foi condenado ao pagamento de indenização no valor correspondente a 3.000 salários mínimos, quantia superior à que fora fixada em primeiro grau. Na fundamentação do acórdão, o Desembargador Relator enfatizou o caráter punitivo da indenização, aplicada com a finalidade de desestimular a prática de outras condutas lesivas. A ementa do julgado ganhou a seguinte redação:

> Apelação Cível. Ação de Indenização. Dano moral. Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso X. Prova induvidosa. Lucros cessantes. Fixação da indenização em valor adequado. Caráter compensatório e punitivo da indenização. Provimento parcial. Responsabilidade do réu decorrente de crime de ampla repercussão,

---

[498] TJRJ, Ap. Cív. 9825/98, 8ª CC, Rel. Des. Adilson Vieira Macabu. Para acesso ao inteiro teor do acórdão, consulte-se algum dos seguintes endereços eletrônicos: http://conjur.uol.com.br/textos/5701 ou http://www.tj.rj.gov.br.

> praticado com brutalidade descomunal e agressividade desmedida, a merecer total repúdio por parte da consciência social e da Justiça. A vítima experimentou grande sofrimento, constrangimento e humilhação, advindo-lhe seqüelas físicas, morais e profundo abalo psicológico. Verbas indenizatórias que devem ser corrigidas monetariamente desde a data do ilícito danoso. Incidência de juros moratórios e compostos a contar da data do evento lesivo. A indenização deve ser majorada de modo a servir como fator de inibição a novas praticas ilegais e de freio à impunidade.

Do inteiro teor do acórdão, extrai-se que o Desembargador Relator, na fixação do *quantum* indenizatório, considerou não apenas a gravidade do dano moral, mas também, e principalmente, a intensa reprovabilidade da conduta do agressor. Levou em conta ainda o fato de ser o agressor pessoa riquíssima e estar foragido, em Miami, para escapar de um mandado de prisão expedido pelo Juízo Criminal, que o condenou pelo mesmo fato. Vale transcrever parte da fundamentação do acórdão que cuida da fixação da indenização:

Excluído: ,

Excluído: ,

> Nessa matéria, a jurisprudência vem atribuindo, de forma reiterada e sem prejuízo da finalidade compensatória, caráter punitivo à indenização, posto que, em casos como o deste processo, a indenização há de servir como fator de inibição a novas práticas lesivas e de freio à impunidade.
>
> Portanto, desprezar-se o caráter punitivo da reparação do dano moral acarreta o risco de se arbitrar valor inexpressivo sem correspondência ao mal praticado e à reparação necessária, além de estimular a prática de atos ilícitos, tendo em vista a capacidade econômica do ofensor e seu desprezo pelas leis e pela Justiça, dando à condenação um sabor de impunidade, o que é inadmissível.
>
> Em situações como a do caso em reexame, o dano moral deve atender aos aspectos de repressão em relação ao autor do dano, de modo a dissuadi-lo de praticar novo atentado, e de compensação em relação a vítima do ato contra si perpetrado, que teve ferido seu íntimo pelos sofrimentos, tristeza e vexames sofridos, sua atividade profissional prejudicada e seu convívio em sociedade maculado.
>
> Este processo demonstra a verdadeira natureza do dano moral, que deve servir para amenizar a situação da vítima que por pouco não morreu e que quase teve seu futuro interrompido pela fúria insana do agressor, que pode pagar o valor ora arbitrado, sem pestanejar, em razão de sua capacidade econômica.
>
> Não basta a condenação penal ou civil, mas é indispensável que o causador do dano sinta a conseqüência altamente danosa de seus atos, que deve encontrar na ordem jurídica o arbitramento adequado. Por

> isso é que, com o passar do tempo, a preocupação crescente com a angústia, as dores, o sofrimento, a humilhação, juntamente com a preocupação de transmitir à sociedade o sentimento de certeza da repressão à prática de atrocidades e atos ilícitos como os noticiados nestes autos, contribuíram para que as indenizações fossem fixadas em patamares mais elevados, com dupla finalidade: compensatória – para satisfazer e amenizar a dor das vítimas –, e punitiva ou repressiva – para inibir os causadores do dano, levando-se em conta, neste particular, as condições econômicas do autor da ofensa.
> Assim sendo, em razão dos intensos sofrimentos morais e físicos já suportados pela vítima, seria razoável arbitrar uma compensação maior do que a fixada no julgamento monocrático. Eis por que entendi dever ser majorada a referida verba para 3.000 salários mínimos da época do efetivo pagamento, considerando, para tanto, a gravidade do comportamento do réu causador dos danos, sua respectiva capacidade econômica e, ainda, o caráter compensatório e punitivo que deve ter a condenação, pois me filio à corrente que vê na indenização por dano moral não exclusivamente a função compensatória que ela apresenta, mas por considerar revestir-se ela do caráter punitivo, de molde a que o valor fixado deve sempre servir de desestímulo, com a finalidade de evitar a reedição de fatos como o retratado neste feito e como fator de inibição a novas investidas e práticas lesivas.

**Excluído:** i

Esse julgado é um bom exemplo de indenização de caráter punitivo, imposta a agente que, com dolo intenso, ofendeu a integridade física de outrem. Outras circunstâncias foram acertadamente levadas em conta, como a considerável capacidade econômica do ofensor, que não se veria desestimulado a repetir sua conduta caso fosse condenado ao pagamento de indenização em montante inferior, de cunho exclusivamente compensatório. Também teriam influído na estimativa do *quantum* indenizatório fatos subseqüentes à agressão, como a fuga do agente para outro país, com a finalidade de permanecer fora do alcance da lei penal.

A imposição de sanções diferenciadas para casos de distinta reprovabilidade nada mais representa que uma particular aplicação do princípio constitucional da isonomia, que impõe não apenas tratar igualmente os iguais, mas também tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. A imposição de indenizações idênticas para danos iguais, mas causados por condutas tão distanciadas em termos de reprovabilidade, constitui afronta ao princípio constitucional da igualdade e ao senso comum de justiça.

### 6.8.2. Dissuasão (prevenção)

A função dissuasória constitui, talvez, a principal e mais importante das finalidades da indenização punitiva. Essa modalidade de indenização desempenha importante papel em situações de natureza excepcional, nas quais a indenização compensatória não constituiria resposta jurídica socialmente eficaz. É o que ocorre quando determinada soma, embora considerada suficiente para atenuar o constrangimento decorrente do dano moral, é de insignificante expressão econômica para o ofensor, que, por essa razão, não se vê convencido de que não deve praticar atos lesivos iguais ou semelhantes; antes, vê-se estimulado a reiterar seu comportamento censurável. A indenização compensatória, nesse contexto, funcionaria como o medicamento que ataca os sintomas sem combater a própria doença, trazendo uma falsa sensação de cura, pois a doença persiste e volta cada vez mais forte, acabando por se tornar imune ao ataque. A relativa debilidade econômica da sanção imposta concretamente reduz a imperatividade do ordenamento jurídico, eliminando a coercibilidade característica das normas jurídicas.[499]

A indenização punitiva busca, através do incremento da sanção pecuniária, a eliminação de comportamentos que não se intimidam com a indenização compensatória. Objetiva, desse modo, restabelecer a imperatividade do ordenamento jurídico, cujas regras devem ser obedecidas, se não pela consciência moral da importância do cumprimento do dever, ao menos pelo temor da imposição de sanções efetivamente desconfortáveis em caso de descumprimento. Impede, assim, que a reparação se torne um *preço*, conhecido

---

[499] Observam Alejandro Atilio TARABORRELI e Eduardo Omar MAGRI que, a princípio, a só transferência, da vítima para o ofensor, do custo da "externalidade" negativa da conduta deveria gerar incentivos suficientes em nossa sociedade para a cessação ou diminuição desta (TARABORRELI, A. A.; MAGRI, E. O. *Acerca de los punitive damages. Análisis económico del instituto*. Disponível em: <http://www.biglieri.org/publicaciones/castellano/catedra/acerca_de_los_punitive_damages.htm> Acesso em 28 maio 2003). Não é, todavia, o que ocorre em alguns casos, como observam os autores mais adiante.

previamente, que o agente esteja disposto a pagar para poder violar o direito alheio. Afinal, como observa José de Oliveira Ascensão:[500]

> "A ordem jurídica não se cifra num catálogo de condutas que se apresentam à disposição dos destinatários, de tal modo que estes, pesando as suas conseqüências (confrontando a dor de ser punidos se roubarem com a dor de se privarem das coisas alheias, por exemplo), escolham indiferentemente o que mais vantajoso se lhes apresente. Implica antes uma pretensão de aplicação incondicional. Ao próprio fenômeno jurídico, dado objetivo de que partimos, pertence a característica de a prossecução dos fins visados pela regra não ser confiada ao alvedrio dos sujeitos, ao contrário do que sucede com a norma técnica. Só assim se pode compreender que uma típica sanção jurídica, a pena, tenha como seu sentido intrínseco e fundamento a reprovação pela violação cometida."

Os opositores da indenização punitiva poderiam argumentar que não importa, juridicamente, que a indenização reparatória/compensatória não seja hábil para exercer suficiente atividade dissuasória de condutas danosas, desde que ela desempenhe o seu papel de transferir, da vítima para o agressor, os prejuízos decorrentes da conduta deste. A tal ponderação Alejandro Atilio Taraborreli e Eduardo Omar Magri respondem, com propriedade, que a responsabilidade civil é um sistema de caráter complexo de onde confluem várias finalidades sociais que não se esgotam na mera função compensatória. Além disso, a lesão a qualquer bem da vida empobrece a sociedade em seu conjunto, sem que isso seja necessariamente evitado pela translação dos custos entre os integrantes da sociedade. Acrescentam os autores que, embora comumente a só obrigação de indenizar constitua, de um lado, situação suficientemente desagradável e traumática para garantir que o causador do dano não voltará a incorrer na mesma falta e, de outro, sirva de exemplo para a comunidade, essa relação compensação-dissuasão é meramente contingente.[501]

**Excluído:** bem

**Excluído:** uma

**Excluído:** ,

---

[500] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e teoria geral*, p. 56.

[501] TARABORRELI, A. A.; MAGRI, E. O. *Acerca de los Punitive Damages. Análisis Económico del Instituto.* Disponível em: <http://www.biglieri.org/publicaciones/castellano/catedra/acerca_de_los_punitive_damages.htm> Acesso em 28 maio 2003.

**Excluído:** .

**Excluído:** 2001,

6.9. OUTRAS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Excluído: antes

Além das duas funções essenciais apontadas, a indenização punitiva, em situações especiais, atenderia a outros objetivos que se inter-relacionam e se encontram, de forma mais ou menos intensa, conectados com aquelas funções.

**6.9.1. Eliminação do lucro ilícito**

Um papel eventual, mas de grande relevo, que a indenização punitiva desempenharia é o de impedir o lucro ilícito do ofensor. A indenização compensatória, conquanto tenha aptidão para consolar ou compensar a vítima, não se preocupa em eliminar a possível vantagem obtida pelo ofensor com a prática do ato ilícito, o que transforma alguns atos lesivos em um "bom negócio" do ponto de vista econômico.

Muitos jornais e periódicos trazem, como principal atrativo, a publicação de notícias sobre a vida privada de celebridades, muitas vezes recorrendo a fontes não confiáveis ou, simplesmente, criando ou reproduzindo notícias falsas, algumas delas escandalosas. Dessa forma, obtêm seus lucros às custas da honra alheia e da invasão da privacidade.

Alguns programas de televisão aumentam seus índices de audiência com a abusiva, incômoda e, por vezes, vexatória exposição do nome e da imagem alheios.

Na grande maioria desses casos de uso indevido de imagem o ofensor obtém considerável lucro, mesmo depois de imposta a indenização do dano moral e de reparado o dano material (este, usualmente, na forma de lucros cessantes, representados por uma estimativa quase sempre imprecisa do valor de mercado da imagem abusivamente utilizada).

Um caso extraído de nossa jurisprudência bem se presta para ilustrar a importância da indenização punitiva como instrumento para refrear violações a direitos da personalidade como a honra e a imagem alheias, excluindo ou, ao menos, reduzindo o lucro do ofensor.

Conhecida atriz teve publicada em jornal de grande circulação sua imagem nua, capturada de uma minissérie de televisão, na qual a nudez tinha um contexto específico e era justificada pelo papel desempenhado. O jornal, integrante do mesmo grupo empresarial composto pela emissora que produziu a minissérie de televisão, publicou na primeira página a imagem da atriz, trazendo como chamada o nome desta seguido do adjetivo "nua". O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu o direito à indenização por dano moral da lesada, dando ênfase à finalidade dissuasória da indenização. O julgado ganhou a seguinte ementa:

> Indenização. Publicação jornalística de foto congelada de artista famosa, nua, sem a sua autorização. Dano material e moral.
> 1 – Incontroversos e admitidos os fatos, deve a Embargante por sua conduta, violadora da reputação e dos direitos profissionais de imagem da Embargada, ser condenada a indenizá-la, em valores justos e orientados pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e pedagogia.
> 2 – Ante a pública e notória negativa da Embargada, de expor a publicações jornalísticas a sua nudez, apesar de reiteradas ofertas, as quais abalariam sua fama de mãe de família e esposa recatada, merece ser confirmado o acórdão que estabeleceu o valor de 1 (um) milhão para cada um dos danos, moral e material, decorrentes da publicidade sensacionalista e arrazadora.
> Recurso improvido.

Do julgado, destaca-se o emprego explícito da indenização do dano moral com finalidade dissuasória. É o que se extrai da ementa, que sublinha a necessidade de condenar a empresa jornalística em "valores justos e orientados pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e *pedagogia*". Em sua fundamentação, o acórdão alude à indenização em dinheiro "imposta ao infrator como *forma pedagógica de ressarcimento* pelo desrespeito aos

direitos materiais e éticos de outros, sobretudo seus profissionais”. Mais adiante, o aresto ressalta a importância de empregar um critério pedagógico (*verbis*): “(...) para que o erro não se repita, e estabelecendo-se verdadeira *punição-intimidativa*, na fixação do *quantum* correspondente às indenizações por danos morais que, a nosso ver, justifica a elevada verba imposta pelo acórdão, entre outras razões, pena de ainda maior elevação do nível moral dos ressarcimentos por ato ilícito.” O acórdão destacou o critério que denomina *pedagógico* como o preponderante para justificar o montante indenizatório, observando que “valores ínfimos estimulam a prática do ilícito”.

Excluído: de

Excluído: :

Na estimativa do valor indenizatório, o acórdão levou em conta que a atriz nunca posara nua para nenhum ensaio fotográfico e já recusara várias ofertas que lhe haviam sido formuladas para esse fim. Indicou ser a lesada “das mais famosas artistas de TV, de renome nacional e internacional, justificando, se quisesse aceitar, o cachê equivalente aos mais altos no país, pelas revistas especializadas nesse tipo de publicações sensacionalistas, de apelo sexual ou erótico”. Mas, conforme observou: “(...) é de sabença popular, fato público e notório, que [a atriz] jamais aceitou tal convite, afirmando em seus arrazoados tê-lo feito para preservar sua família, esposo e filhos, além de sua própria reputação de mulher, esposa e mãe recatada.”

Excluído: :

Excluído: a

Excluído: .

Neste caso, a clássica noção de reparação civil, pela qual a reparação é medida pela extensão do dano sofrido, propiciaria ao ofensor lucrar com sua atividade ilícita, em franca violação ao princípio de que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza. Já a indenização punitiva, ao impedir o lucro do ofensor com a lesão, recupera, para a responsabilidade civil, a noção de eticidade.

Pizarro, apontando as finalidades assinaladas pela doutrina e pela jurisprudência para a indenização punitiva, coloca em relevo o papel que essa sanção tem de obstar o lucro ilícito: “Em nossa opinião, os denominados danos punitivos podem constituir um instrumento útil,

embora aperfeiçoável, para desmantelar os efeitos de certos ilícitos. Estamos convencidos de que as vias ressarcitórias nem sempre são adequadas para tal fim, principalmente naquelas hipóteses nas quais o ofensor obtém um benefício buscado através da prática do ilícito, ainda depois de pagas as indenizações pertinentes."[502]

A indenização punitiva, neste aspecto, é limítrofe com o instituto da *restituição* do enriquecimento sem causa, que o Código Civil brasileiro erigiu à condição de direito autônomo: "Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários." A ação de locupletamento, fundada nesse dispositivo legal, tem como pressupostos o enriquecimento de um sujeito, o empobrecimento de outro, o nexo de causalidade entre esses fatos e a ausência de causa para o enriquecimento.[503]

**Excluído:** ou *ressarcimento*

**Excluído:** de locupletamento

**Excluído:** , por fim,

O direito de restituição decorrente do ganho indevidamente auferido, na condição de instituto autônomo, encontra-se fora dos domínios da responsabilidade civil, uma vez que incide em situações nas quais não se pode falar em *responsabilidade* da pessoa que enriqueceu à custa de outrem. A *obrigação* de restituir independe da prática de um ato ilícito ou, mesmo, de qualquer comportamento por parte do enriquecido.[504] É o caso do noivo, engenheiro de profissão, que realiza obras de ampliação e melhoria em imóvel pertencente a

---

[502] PIZARRO, R. D. *Op. cit.*, p. 383. Acrescenta o autor que não apenas em caso de lucro ilícito do ofensor tem cabimento a indenização punitiva: "Também se justifica a procedência de punições pecuniárias civis ante certas condutas graves, pelo menosprezo do ofensor quanto ao resultado e pelas conseqüências que gera seu agir, ainda quando no caso concreto possa não ter mediado benefício econômico derivado do ilícito."

[503] ALMEIDA, L. P. Moitinho de. *Enriquecimento sem causa*, p. 52 e seguintes. Grande parte da doutrina considera que o empobrecimento de um dos sujeitos não constitui requisito para a configuração do enriquecimento sem causa. Neste sentido, Antunes Varela, para quem "nem sempre a obtenção da vantagem de alguém à custa de outrem se exprime no empobrecimento correlativo do patrimônio lesado." (VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, v. 1, p. 489). Júlio Manuel Vieira Gomes observa que, para enquadrar o instituto do enriquecimento sem causa a certas hipóteses nas quais o enriquecimento não vem acompanhado de um empobrecimento concomitante ou simétrico, apela-se, com freqüência, à noção de "empobrecimento moral". Entende o autor ser preferível dispensar o empobrecimento como requisito ou condição do enriquecimento sem causa: "Todavia, e pese embora a circunstância do apelo a esta noção de 'empobrecimento moral' permitir que se atinjam soluções similares, como dissemos, às conseguidas nos ordenamentos em que se prescinde do requisito do empobrecimento, parece-nos preferível eliminar o mal pela raiz e evitar a ambigüidade, suprimindo o requisito do empobrecimento. Tudo o que se requer é que o enriquecimento tenha sido obtido à custa de outrem, ou seja, pela usurpação de uma competência alheia, de um direito reservado à outrem,

seu futuro sogro, no qual pretendia morar após o casamento com a filha deste. Com o desfazimento do noivado, o ex-noivo teria, a princípio, dependendo das circunstâncias concretas do caso, o direito de receber de volta os valores despendidos com o imóvel e, eventualmente, os correspondentes à mão-de-obra empregada e à valorização do bem.[505]

**Excluído:** (

**Excluído:** )

Além disso, a *actio de in rem verso* tem natureza subsidiária, sendo empregada apenas nos casos em que não haja ação própria. É o que estabelece o art. 886 do Código Civil brasileiro,[506] que seguiu os passos do Código Civil português, cujo art. 474 contém regra semelhante.[507] Daí porque, em sendo cabível a propositura de ação de reparação de danos, não seria cabível a ação de locupletamento.[508]

Ainda que assim não fosse, a *actio de in rem verso*, por pressupor o empobrecimento do autor ou, pelo menos, a não obtenção da contraprestação que seria devida em razão do enriquecimento do réu, não seria cabível em determinados casos de violação de direitos da personalidade que não poderiam ser objeto de exploração comercial pelo próprio titular. É o caso, por exemplo, de jornais e revistas que lucram com a publicação de matérias falsas, ofensivas à honra de pessoas famosas. Porque a honra não tem valor comercial, não caberia a invocação do enriquecimento sem causa para o fim de pleitear a restituição do lucro ilicitamente obtido com a publicação da matéria ofensiva.

---

independentemente de saber se a outra pessoa sofreu ou não um dano relevante em sede de responsabilidade civil." (GOMES, J. M. V. *Op. cit.*, p. 396).

[504] GOMES, J. M. V. *Op. cit.*, p. 223.

[505] MOSCON, Cledi de Fátima Manica. *O Enriquecimento sem causa e o novo Código Civil brasileiro*, p. 20. A autora analisa o exemplo, apresentando soluções variáveis, de acordo com o critério utilizado: o do empobrecimento ou do enriquecimento. Examina também a questão do interesse pessoal das partes envolvidas.

[506] "Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido."

[507] Art. 474. Não há lugar à restituição por enriquecimento quando a lei faculta ao empobrecido outro meio de ser indenizado ou restituído, negar o direito à restituição, ou atribuir outros efeitos ao enriquecimento."

[508] Por isso, discorda-se do entendimento de Cledi de Fátima Manica Moscon a partir de exemplo por ela imaginado: "A" empresta a "B" um bem de valor 800; "B" vende a "C" o bem por 1.100, e "C" destrói o bem. Conclui a autora que "A" teria ação de reparação para obter 800 a título de perdas e danos e ação de locupletamento para obter a diferença de 300. Entendemos não haver necessidade de invocação da *actio de in rem verso*, que é de natureza subsidiária, pois, dentro de uma concepção mais ampla do papel da responsabilidade civil, a pretensão indenizatória englobaria não apenas o prejuízo sofrido pela vítima, mas também o ganho ilícito obtido pelo agente.

De todo modo, é no mínimo questionável que a restituição do lucro proveniente de um ato ilícito deva ser situada no âmbito do enriquecimento sem causa, e não no da responsabilidade civil. Como observa Júlio Manuel Vieira Gomes, "a restituição do lucro situa-se numa espécie de limbo ou de 'terra-de-ninguém' entre os dois institutos, sendo a sua 'localização' fortemente condicionada pela pré-compreensão de cada um deles e dos seus respectivos pressupostos e funções, acabando, por vezes, por negar-se-lhe qualquer lugar no domínio jurídico-privado".[509] Reconhecendo o dissenso doutrinário a respeito do tema, pondera o autor:

> (...) mesmo quem considere que a obrigação de restituir o enriquecimento injustificado não está limitada pelo empobrecimento da pessoa à custa de quem o enriquecimento ocorreu, poderá duvidar quanto à localização sistemática mais correcta da restituição do lucro ilícito: deverá, sobretudo, atender-se ao desvalor do resultado e situar-se essa restituição nos quadros do enriquecimento sem causa (...) ou ao desvalor da acção, surgindo, então, a responsabilidade civil, a qual em regra pressupõe culpa, como o 'lugar' mais adequado para impor a restituição do lucro obtido pela ingerência na esfera jurídica alheia. Se, com isto, se 'desfigura' ou 'descaracteriza' a responsabilidade civil depende, evidentemente, da forma como esta é concebida; quem lhe atribua uma finalidade exclusivamente reparadora ou reintegrativa, ou considere que essa é, ao menos, a sua finalidade primordial a que outros escopos sancionatórios e preventivos sempre estariam subordinados, tenderá a responder afirmativamente ainda que, sublinhe-se, tal resposta afirmativa se fique também a dever a uma visão muito limitada do que seja a reparação ou reintegração, uma visão que a circunscreve à reparação do dano sofrido pelo lesado. [510]

**6.9.2. Preservação da liberdade contratual**

Para alcançar um ganho, algumas empresas não hesitam em desconsiderar contratos, certas de que a sanção reparatória que eventualmente lhes será imposta é um preço mais do que satisfatório. Desrespeitam a liberdade contratual, violando a liberdade de não contratar e

---

[509] GOMES, J. M. V. *Op. cit.*, p. 792.

de negociar as bases do contrato, e transformam a responsabilidade civil em uma ilegítima forma de *expropriação privada de um bem pelo preço de mercado deste*, com a possível vantagem, para o ofensor, de que esse preço será pago de forma diferida, ao final de um longo processo judicial. O emprego da indenização punitiva, aqui também, retira o atrativo econômico que a violação da esfera jurídica alheia apresentava. Esta finalidade da indenização punitiva não escapou a Júlio Manuel Vieira Gomes:

> Modernamente, acentua-se, ainda, a tendência de justificar os *punitive damages* pelo perigo que, de outro modo, a responsabilidade civil acarreta de tornar indiferente ou neutra a escolha entre obter um consentimento (através de um contrato) do titular de um bem para a sua utilização ou, ao invés, realizar uma apropriação deliberada desse bem, na consciência de que, posteriormente, apenas se terá de pagar a título de indenização o valor de mercado do referido bem. Reaparece, nesta sede, o problema, por várias vezes já mencionado, de a responsabilidade civil se converter, freqüentemente, numa espécie de expropriação, em benefício privado, realizada pelo preço de mercado.[511]

A invasão da esfera jurídica alheia exclui do titular do bem usurpado a possibilidade de decidir se pretende ou não aliená-lo e lhe retira a condição de determinar quando, como e para quem o seu bem seria cedido. A responsabilidade civil, nesta perspectiva, constituiria como que um atalho, que evita o caminho contratual, configurando uma espécie de "curto-circuito do contrato".[512]

Júlio Manuel Vieira Gomes, citando Paolo Gallo, alerta para "o perigo de converter o contrato e a responsabilidade civil em duas realidades perfeitamente fungíveis", o que ocorreria se o montante fixado a título de indenização do dano tivesse de corresponder perfeitamente ao que, presumivelmente, seria necessário desembolsar para obter o prévio

---

[510] *Idem*, p. 793.
[511] GOMES, J. M. V. *Op. cit.*, p. 742.
[512] *Ibidem*, p. 755.

consenso contratual.[513] A indenização punitiva, nesse contexto, aparece como forma de garantir mais eficazmente a autonomia negocial.[514]

Além disso, essa forma de sanção deve assegurar, tanto quanto possível, o valor subjetivo dos bens, o qual necessariamente teria de ser considerado no caso de sua contratação, porque dependente da vontade do respectivo titular. Nessa ordem de idéias, Júlio Manuel Vieira Gomes, apoiado em Paolo Gallo, ressalta que os *punitive damages* tomam em consideração não apenas o *valor objetivo* (de mercado) do bem, mas, principalmente, o seu *valor subjetivo*, ou seja, o valor do bem para o seu titular, o qual pode ser superior ao valor de mercado. Argumenta que: " (...) enquanto a via contratual garante que esse valor subjectivo será tido em conta por não se poder prescindir do consentimento do titular do bem o qual não poderá ser constrangido a cedê-lo por uma importância inferior a esse valor subjectivo, o mesmo não se pode afirmar de um intercâmbio involuntário caso a fixação da indemnização atenda apenas ao valor objectivo do bem (no sentido de valor de mercado)".[515]

Um caso, não isento de polêmicas, bem representativo dessa categoria de atos ilícitos violadores da liberdade contratual é o que envolveu duas pessoas jurídicas de grande porte. A Confederação Brasileira de Futebol ajuizou ação indenizatória em face da empresa de bebidas Brahma Chopp porque esta usara sem consentimento daquela a imagem da seleção brasileira de futebol em maciça campanha publicitária veiculada na televisão. Em razão do uso inconsentido dessa imagem, a parte autora postulou indenizações por danos material (sob a forma de lucros cessantes) e moral.

---

[513] *Ibidem*, nota 1.189. O autor reproduz o seguinte exemplo de Paolo Gallo: "(...) quem deseja comer uma maçã tem a opção entre comprá-la, pagando o preço contratualmente acordado ou colhê-la no seu ramo e comê-la, devendo, apenas, depois, entregar ao seu proprietário uma soma igual ao preço de mercado da maçã, a título de ressarcimento do dano." Pondera que, deste modo, se desemboca: "numa consagração, de facto, do direito à expropriação privada pelo preço de mercado, e numa solução que torna quase indiferente a escolha entre a via contratual e a delitual. E não é por acaso, como GALLO observa, que a afirmação de que a responsabilidade civil tem uma função exclusivamente ressarcitória conduziu a 'uma notável aproximação entre o contrato e a responsabilidade civil', e à sobreposição dos respectivos princípios." (*ibidem*).

[514] *Ibidem*, p. 758.

[515] *Ibidem*, p. 759.

A demanda veio a ser julgada procedente em primeiro grau de jurisdição, para reconhecer tanto o dano moral quanto o material.[516] Na sentença, destacou-se que: "A infringência ao direito de imagem, integrante que é dos chamados direitos de personalidade, constitui, em si, o dano moral, independentemente de qualquer repercussão que o fato tenha tido." No que concerne à estimativa do *quantum*, considerou-se que: " (...) a fixação do valor da indenização pelo dano moral deve ter efeito inibidor ou desestimulador, para que atos semelhantes não sejam praticados pelo causador do dano ou por terceiros". Quanto ao critério a ser seguido na estimativa, ponderou-se: "A indenização ideal para o dano moral aqui analisado seria aquela cujo valor fosse representado pelo proveito que a ré obteve com a utilização indevida da imagem da seleção brasileira, ou por outra, pelo lucro obtido com a venda de seus produtos em decorrência da campanha publicitária."[517]

Em sede de apelação o Tribunal excluiu a verba fixada a título de dano moral, sob o argumento de que o uso indevido da imagem da equipe nacional não configurava dano dessa natureza. A inexistência de qualquer evidência de abalo ao bom nome ou à reputação da entidade autora foi determinante para a exclusão, pelo acórdão, da indenização por dano moral.[518]

---

[516] Sentença por nós proferida na 40ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro em 24.2.1997 (processo nº 22.777/95).

[517] A sentença, porém, reconhecendo a dificuldade prática na apuração do lucro obtido com uma campanha publicitária institucional não relacionada com um produto específico, buscou parâmetro distinto para a fixação da indenização por dano moral: "Assim, considerada a impossibilidade material de fixar o valor da indenização por dano moral com base no lucro obtido com o proveito econômico auferido pela ré com o uso indevido da imagem da Seleção Brasileira; considerada, também, a força inibitória que deve ter a indenização; e levando em conta a discricionariedade de que se reveste o *quantum* dessa indenização, afigura-se razoável fixar essa indenização em valor igual ao da indenização pelo dano patrimonial (lucros cessantes) que vier a ser constatado na liquidação por arbitramento. Uma indenização em valor assim fixado – pelo desconforto econômico em ter a ré de pagar, ao final, o dobro daquilo que normalmente pagaria com a aquisição regular do direito ao uso da imagem da Seleção Brasileira – terá a função de desestimular outras violações do direito de imagem da Seleção."

[518] Assim foi vazada a ementa do acórdão (grifamos): "Responsabilidade civil. Seleção Brasileira de Futebol. Uso indevido da imagem. Danos reparáveis. O uso indevido da imagem da Seleção Brasileira de Futebol enseja dano patrimonial, sempre que for explorada comercialmente, sem a autorização ou a participação de sua titular, a CBF, ou, ainda, quando a sua indevida exploração acarreta-lhe algum prejuízo. *Dará lugar, por outro lado, ao dano moral somente se a imagem for utilizada de forma humilhante, vexatória, desrespeitosa, acarretando dor, vergonha e sofrimento ao seu titular.* Recursos providos para excluir a reparação do dano moral, não caracterizado, e para modificar o termo inicial de incidência dos juros de mora." (TJRJ – Apelação Cível nº 2.940/97).

O caso propicia reflexões importantes. A primeira delas é a de que não era impeditiva da ocorrência de dano moral a circunstância de a parte autora ser pessoa jurídica, à medida que estas são detentoras de interesses legítimos análogos aos direitos da personalidade, os quais são merecedores de proteção.[519] Além disso, dentro da concepção que enxerga no dano moral a violação de um direito da personalidade, independentemente da repercussão que essa violação possa ter, não é aceitável o argumento, apresentado pelo acórdão, de que o uso indevido do direito de imagem somente caracterizaria o dano moral se essa imagem fosse utilizada de forma vexatória, humilhante, desrespeitosa, acarretando dor, vergonha ou sofrimento para o seu titular. Como já se viu, o dano moral não tem de estar necessariamente associado a nenhuma alteração no estado anímico do titular do direito lesado.[520] Suficiente a lesão a direito da personalidade ou, em se tratando de pessoa jurídica, a direito que lhe seja análogo. No caso, a simples utilização indevida da imagem da seleção brasileira de futebol, com a exibição dos jogadores com o uniforme e o sinal distintivo da entidade autora, constitui, por si só, dano moral, independentemente da forma como essa imagem tenha sido utilizada.

Por fim, fundamental é a consideração de que o uso indevido dessa imagem certamente trouxe para o ofensor lucro presumivelmente alto, pois a seleção brasileira, em seguida à campanha publicitária, sagrou-se tetracampeã mundial de futebol. Por isso, a indenização por dano moral atuaria, em alguma medida, como forma de eliminação do lucro ilicitamente obtido com o uso indevido da imagem alheia. Com a exclusão da verba de indenização por dano moral, o ato ilícito tornou-se um excelente negócio do ponto de vista econômico para o ofensor, que, em termos práticos, expropriou um bem alheio pelo preço de mercado, prescindindo, assim, do consentimento do titular do bem.

---

[519] A questão referente à possibilidade de a pessoa jurídica ser vítima de dano moral foi examinada no Capítulo 2.

[520] Questão também já examinada no Capítulo 2.

Para que se torne mais clara essa conseqüência, suponha-se que, no caso ora examinado, a CBF já tivesse anteriormente negado à ré a cessão de uso da imagem da seleção brasileira de futebol, em razão, por exemplo, da existência de um contrato de exclusividade mantido com outra empresa. A empresa ré, disposta a pagar um alto preço pelo uso da imagem da seleção, então, desprezou inteiramente a recusa da autora e, sem o consentimento desta, utilizou indevidamente a imagem da seleção, explorando-a comercialmente para auferir grandes lucros com a associação de seu nome a essa imagem. Nessa perspectiva, a condenação da empresa ré ao pagamento de lucros cessantes teria constituído, tão-somente, o desembolso de uma soma que ela sempre se dispusera a desembolsar e que a autora já se recusara a receber. Teria a ré, pois, no final, obtido aquilo que pretendia, ou seja, o uso da imagem da seleção, contra a vontade do titular desse direito, simplesmente pagando o preço de mercado. Eis um exemplo de ato ilícito que as concepções tradicionais de dano moral e indenização transformaram em um bom negócio para o ofensor, em verdadeiro incentivo à violação do princípio da liberdade contratual.[521]

### 6.9.3. Manutenção do equilíbrio das relações de consumo

Nas relações de consumo, onde são freqüentes as condutas ilícitas movidas pelo intuito de lucro, a indenização punitiva pode revelar-se instrumento de grande eficácia.

Alguns fornecedores, para elevar sua margem de lucros, deixam de investir em mecanismos de prevenção e controle de qualidade mais rigorosos sobre os serviços prestados ou colocam no mercado produtos de qualidade inferior ou que não atendem a determinados

[521] Não se deve olvidar que o direito de imagem se faz acompanhar do direito de cessão do uso dessa imagem. Se o uso indevido em si da imagem – que não configure ofensa à honra da pessoa – não for passível de indenização, estará sendo subtraído o direito do titular de decidir sobre a utilização ou não da imagem. Em última análise, o direito de escolha acerca da cessão ou não da imagem representará pouco mais que um preceito ético, sem força jurídica, restando para o titular do direito da personalidade não mais do que a busca, nem sempre praticamente possível, de providências jurisdicionais preventivas ou inibitórias em relação ao ilícito.

padrões de segurança, preferindo arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, na certeza de que os valores indenizatórios serão muito inferiores ao investimento que teriam de realizar. Nesse cálculo, levam em conta a circunstância de que muitas vítimas de danos decorrentes de fatos do produto ou do serviço deixam de ir à juízo, por razões variadas, que vão da dificuldade em identificar o responsável pelo dano à falta de disposição para enfrentar um processo judicial, com seus gastos, retardamentos e todas as suas vicissitudes. Além disso, os grandes fornecedores, por serem litigantes habituais, normalmente contam com um corpo de advogados preparados e especializados, o que também contribui para a redução dos valores indenizatórios. As pessoas físicas e as empresas orientam-se, então, por uma "racionalidade estritamente econômica",[522] pautando-se pelo resultado de uma relação custo-benefício do seu comportamento em detrimento da lei e do direito alheio. Não é difícil perceber por que a sanção meramente compensatória não se mostra suficiente para compelir os fornecedores a melhorar a qualidade de seus serviços.

Conforme observa Ramón Daniel Pizarro,[523] produtores e fornecedores de produtos e serviços, com enorme freqüência, por descumprimento de seus deveres legais e de suas obrigações contratuais, causam danos aos consumidores, sem preocupação com as conseqüências de seus atos, porque os danos causados a alguns consumidores são de pequena expressão econômica em relação ao conjunto de negócios realizados e porque o número de consumidores que efetivamente irão a juízo postular uma reparação quase sempre será menor do que o daqueles que, por razões diversas, não o farão.

A indenização punitiva rompe com essa perversa equação, atuando como forma de impedir o ofensor de se beneficiar ou lucrar com o dano causado, ou de encontrar, na sanção meramente compensatória, um preço conveniente, que ele se encontra disposto a pagar para praticar o ato lesivo ou não tomar as medidas necessárias para impedir o dano.

---

[522] GOMES, J. M. V. *Op. cit.*, p. 739.
[523] PIZARRO, R. D. *Daño moral*, p. 383.

A sanção pecuniária aparece, portanto, como fator de reequilíbrio do mercado, por entregar aos consumidores, que constituem a parte sempre mais vulnerável na relação de consumo, instrumento que lhes estimularia a agir contra atos lesivos de seus direitos. De outra parte, a indenização punitiva compeliria produtores e fornecedores a colocar no mercado produtos mais seguros e adequados ao consumo, assim como a prestar serviços mais eficientes.

Aludindo à conduta freqüente de bancos que incluem indevidamente o nome de correntistas e terceiros em cadastros de devedores inadimplentes, Araken de Assis destaca a importância da indenização com caráter de punição, para prevenir o cometimento de novos ilícitos:

> A prudência consistirá em punir moderadamente o ofensor, para que o ilícito não se torne, a este título, causa de ruína completa. Mas, em nenhuma hipótese, deverá se mostrar complacente com o ofensor contumaz, que amiúde reitera ilícitos análogos.
> É o caso das empresas de banco que, com indiferença cruel, consignam informações negativas sobre seus clientes e devedores em cadastros que vedam ou tolhem o acesso ao crédito e, posteriormente, se desculpam com pretexto de erro operacional. Nessas hipóteses, a indenização deverá compensar a vítima pelo vexame e punir, exemplarmente, o autor do ato ilícito, com o fito de impedir sua reiteração em outras situações.[524]

A indenização punitiva atua como instrumento que busca manter o equilíbrio das relações de consumo, reduzindo a vulnerabilidade do consumidor e a situação de superioridade dos fornecedores.

Vislumbrando o retorno da punibilidade no campo da responsabilidade civil através da teoria da indenização punitiva, Lorenzetti destaca a função, desempenhada pelo instituto, de prejudicar a equação que estimula a prática do comportamento potencialmente lesivo: “O que nos interessa pôr em relevo é que essa teoria aponta, basicamente, em destruir a razão

---

[524] ASSIS, Araken de. Indenização do dano moral. *In*: *Revista Jurídica*, nº 236, Jun. 1997, p. 5.

econômica, que permitiu que o dano se ocasionara. Era mais rentável deixar que o prejuízo se realizasse que preveni-lo; o dano punitivo arruína esse negócio e permite a prevenção."[525]

### 6.9.4. Defesa de contratantes que se encontram em posição de inferioridade

Suzanne Carval enfatiza a importância do emprego da pena privada como forma de proteção de certas categorias de contratantes que se encontram em posição de inferioridade, tais como os consumidores e os trabalhadores assalariados. Realiza, assim, um levantamento acerca de alguns mecanismos de caráter repressivo existentes no Direito francês para a proteção dessas categorias em casos específicos de violação.[526]

Mas, a par de mecanismos específicos previstos em lei para a proteção de pessoas que se encontram em posição vulnerável contra atos pontuais de violação, a indenização punitiva surge como instrumento genérico de proteção dessas pessoas, quando atingidas em algum de seus direitos personalíssimos.

Os trabalhadores assalariados, em razão de sua posição de subordinação, encontram-se sujeitos a certas lesões e ofensas que normalmente não atingem as outras pessoas. É o caso do assédio sexual no ambiente de trabalho, caracterizado pelo constrangimento do empregado ou funcionário com o objetivo de obter vantagem sexual, mediante a ameaça explícita ou velada de demissão, exoneração ou outra forma de represália. É o caso também de outras situações

---

[525] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*, p. 458.

[526] CARVAL, Suzanne. *Op. cit.*, p. 165 e seguintes. Dentre esses mecanismos configuradores de pena privada, menciona a autora a "*decheance*", aplicável a organismos de crédito, que perdem o direito aos juros em caso de descumprimento de certos deveres para com os mutuários; o pagamento de juros no dobro da taxa legal em caso de retardo injustificado superior a determinado prazo na liquidação de indenização securitária; a sanção, aplicável *ex officio* pelo juízo, consistente no pagamento da soma (destinada a um fundo de garantia) correspondente a no máximo 15% do valor da indenização securitária insuficiente oferecida pela seguradora ao segurado; o pagamento ao empregado contratado por tempo determinado de toda a remuneração devida em caso de ruptura unilateral e injustificada do contrato pelo empregador; além de sanções pecuniárias de natureza claramente repressiva em certos casos de dispensa injustificada de agentes assalariados especialmente protegidos por lei, como os representantes sindicais, os vitimados em acidentes de trabalho, as empregadas grávidas, todos trabalhadores cuja exoneração se submete a uma regulamentação particular.

de abuso de poder contra subordinados, que são submetidos a situações de constrangimento, humilhação, estresse por seus superiores ou com a aquiescência destes.[527]

## 6.10. PRESSUPOSTOS DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Analisadas as principais funções desempenhadas pela indenização punitiva, cumpre fixar os seus pressupostos, ou seja, os requisitos para que essa forma particular de sanção possa ser aplicada.

Em se tratando de responsabilidade civil, não há que falar em dever de indenizar sem a ocorrência de um dano atribuível a um comportamento humano. Assim, a conduta (comissiva ou omissiva), o dano e o nexo de causalidade entre esses dois fatos são pressupostos gerais que sempre devem estar presentes. Mas, além destes, outros pressupostos são exigíveis para que se possa cogitar da aplicação da indenização punitiva em nosso ordenamento jurídico.

### a) A ocorrência de dano moral

Exigível a ocorrência de dano moral, entendido este como a ofensa a algum dos direitos da personalidade. A aplicação da indenização punitiva, independentemente de previsão legal, somente é possível quando configurada a lesão a algum dos atributos inerentes à pessoa humana ou a ofensa ao algum dos direitos correlatos da pessoa jurídica. A sanção, como se viu, extrai seu fundamento diretamente dos princípios constitucionais da dignidade humana e da proteção dos direitos ou atributos da personalidade.

---

[527] O fenômeno vem sendo identificado no Brasil sob a denominação de “assédio moral”. Na França, “*harcèlement moral*” (ver, a respeito, HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral. A violência perversa no cotidiano*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil. 2002). Em língua inglesa, fala-se em “*workplace harassment*”, “*mobbing*” ou “*bullying*”.

Observe-se que uma teoria da indenização punitiva, formulada independentemente das limitações e possibilidades inerentes a um determinado ordenamento jurídico, não tem que ser necessariamente relacionada com o dano moral. Não há, *a priori*, razão para excluir essa forma de sanção como resposta para o dano material. Em realidade, a experiência dos países integrantes do sistema de *common law*, notadamente a dos Estados Unidos, demonstra que a indenização punitiva encontra terreno fértil em situações não vinculadas ao dano moral (pelo menos não na concepção predominantemente dada a essa espécie de dano).[528]

Impõe-se, no entanto, reconhecer que, no nosso ordenamento jurídico e nos da grande maioria dos países integrantes da família de *civil law*, a idéia de aplicar a indenização punitiva em relação ao dano material esbarraria, de um lado, na falta de regra expressa que contemplasse essa modalidade de sanção, e, de outro, na existência do tradicional princípio de que a indenização se mede pela extensão do dano.

Diferentemente ocorre em relação ao dano moral, que viola direitos especialmente protegidos pela Constituição e que se encontram no epicentro do ordenamento jurídico. A consagração constitucional do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade não apenas legitima, mas impõe o emprego da indenização punitiva como resposta jurídica necessária contra o ataque a tais direitos.

Sem razão, portanto, Anderson Schreiber, que considera inconsistente e injustificável a imposição de indenização a título de punição civil no âmbito dos danos morais, quando tal não se dá em relação aos danos materiais.[529] É justamente porque a Constituição de 1988

---

[528] O caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*, citado no Capítulo 4, é exemplo de aplicação de *punitive damages* não relacionados com dano moral.

[529] Argumenta o autor: "Primeiramente, se sua finalidade é desestimular as condutas antijurídicas, é de se perguntar porque não se fala em caráter punitivo em casos de danos meramente patrimoniais. Não há razão para que o causador de um dano moral seja obrigado a compensar o dano e, adicionalmente, a sofrer uma punição, enquanto o causador de um dano patrimonial, cuja conduta pode ter sido até mais repreensível (talvez dolosa), tem apenas o dever de compensar o prejuízo. Não há motivo que justifique a diversidade de tratamento. Embora a Constituição de 1988 eleve os valores extrapatrimoniais ao ápice do ordenamento, protegendo a personalidade humana com maior intensidade que o patrimônio, tal fato não serve para justificar punições civis no âmbito dos danos morais, e a tais danos restritas, principalmente no cenário brasileiro em que tais indenizações têm sido

coloca a dignidade humana e os direitos da personalidade humana no epicentro do ordenamento jurídico, protegendo-os com maior intensidade do que os direitos patrimoniais, que se justifica a diversidade de tratamento, com a imposição de indenização de caráter punitivo em caso de dano moral.

De todo modo, como já observado, é defensável e, *de lege ferenda*, interessante a construção de um sistema que estenda a indenização punitiva a situações de dano material, quando presentes as demais circunstâncias que dão ensejo a essa espécie de sanção.

**b) Culpa grave do ofensor**

Apesar do avanço da responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, a culpa ainda subsiste como fundamento geral da responsabilidade civil. O art. 186 do Código Civil,[530] ao desenhar a noção de ato ilícito, conservou o princípio da culpa, em sentido amplo (compreendendo a culpa *stricto sensu* e o dolo), como fundamento do dever de indenizar, que vem estabelecido no art. 927 do mesmo Código.[531] Reproduziu-se, nesse ponto, o disposto no art. 159 do Código Civil revogado.[532] A responsabilidade subjetiva continua, dessa forma, sendo a regra geral em sede de responsabilidade civil.[533]

---

concedidas mesmo em casos de mero aborrecimento ou incômodo." (SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *In*: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, nº 20, jan./jul. 2002, p. 28.).

[530] "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

[531] "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

[532] "Art. 159 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."

[533] Regra que se encontra cada vez mais mitigada. Além das diversas hipóteses de responsabilidade objetiva já estabelecidas em nosso ordenamento jurídico – com destaque para a responsabilidade civil do Estado, fundada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e para a responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços, prevista nos arts. 12 e 14 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), dentre outros dispositivos normativos que consagram essa forma de responsabilidade civil –, o Código Civil introduziu, no parágrafo único do art. 927, regra que amplia consideravelmente a responsabilidade sem culpa. Reza o referido dispositivo legal: "Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

Tradicionalmente, para a responsabilização civil, não importa o grau de culpa (*lato sensu*) do agente. Seja a conduta dolosa ou decorrente de culpa (grave, leve ou levíssima), o dever de indenizar subsiste em igual proporção,[534] pois, como já se viu, a indenização é medida pela extensão do dano, admitindo-se a redução daquela somente quando o juiz a considerar desproporcional em relação a este.

Para a aplicação da indenização punitiva, ao contrário, é fundamental estabelecer o grau de culpa (*lato sensu*) da conduta do agente.[535] Essa espécie de sanção deve, em linha de princípio, ser reservada apenas aos casos de dano moral decorrente de *dolo* ou *culpa grave*, nos quais o comportamento do agente se afigura especialmente reprovável ou merecedor de censura. Com efeito, a indenização com caráter de pena deve ser aplicada apenas quando patenteado que o ilícito foi praticado com *intenção lesiva* ou, ao menos, com *desprezo ou indiferença pelo direito alheio*. É nessas situações que a indenização punitiva encontra campo fértil para exercer a sua *função dissuasória*, que objetiva prevenir a prática de outros ilícitos contra direitos da personalidade. Tomando de empréstimo expressão empregada por Ihering, só nos casos em que a própria pessoa fosse pisoteada juntamente com o seu direito é que a indenização punitiva se justificaria, como forma de auto-afirmação da personalidade.[536]

---

[534] Neste sentido, o ensino de Silvio RODRIGUES (*Direito Civil*, vol. 4, p. 161): "A distinção entre dolo e culpa, bem como entre os graus de culpa, de um certo modo perde sua oportunidade. Isso porque, quer haja dolo, quer haja culpa grave, leve ou levíssima, o dever de reparar se manifesta com igual veemência, pois o legislador parece ter adotado a norma romana segundo a qual *in Lex Aquilia et levissima culpa venit*. Ou seja, dentro da responsabilidade aquiliana, ainda que seja levíssima a culpa do agente causador do dano, cumpre-lhe indenizar a vítima. (...) Ora, como a indenização deve ser o mais possível completa, posto que indenizar significa tornar indene a vítima, o agente causador do dano, em tese, tem a obrigação de repará-lo integralmente, quer tenha agido com dolo, quer com culpa levíssima." De igual teor o magistério de Sergio CAVALIERI FILHO (*op. cit.*, p. 58): "Diferentemente do Direito Penal, o Código Civil, de regra, equipara a culpa ao dolo para fins de reparação do dano, e não faz distinção entre os graus de culpa. Ainda que levíssima, a culpa obriga a indenizar – *in lege aquilea et levissima culpa venit* –, medindo-se a indenização não pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano." Com a inclusão da culpa levíssima como fundamento da responsabilidade civil não concorda Maria Celina Bodin de Moraes (*op. cit.*, p. 216), para quem: "(...) a diligência normal, ao se reconduzir ao *standard* médio, configura o modelo de conduta profissional esperado, não parecendo nem possível nem razoável manter-se uma exigência acima do *standard* no âmbito da concepção normativa da culpa."

[535] A relevância da gravidade da culpa para a noção de indenização punitiva é assinalada por Matilde Zavala de GONZALEZ (*op. cit.*, p. 371): "(...) a gravidade da culpa (ou a mediação de dolo) de quem causa danos graves pode servir de base a uma indenização punitiva,que exceda a importância dos prejuízos causados". No original: "*(...) la gravedad de la culpa (o la mediación de dolo) de quien causa daños de importancia pude servir de base a una indemnización punitiva, que exceda la importancia de los perjuicios causados*".

[536] IHERING, Rudolf Von. *Op. cit.*, p. 40, nota 5.

Por dolo, entenda-se a conduta dirigida de forma consciente à produção de determinado resultado lesivo, que pode ser almejado pelo agente (dolo direto) ou simplesmente aceito por ele (dolo indireto ou eventual).[537] A conduta intencionalmente dirigida à produção do dano é merecedora de reação jurídica mais áspera. Não depende, para a sua caracterização, de intenção maligna, de provocação do mal pelo mal, basta a consciência e a vontade dirigida à produção do resultado lesivo. O móbil do agente pode ser não o de prejudicar, mas o de obter um benefício para si.[538] Configura-se a conduta intencional ainda quando o agente lamente o resultado que, todavia, vem a alcançar com consciência e vontade.

A *culpa grave* é aquela "decorrente da imprudência ou negligência grosseira",[539] em que o agente atua com "grosseira falta de cautela".[540] A doutrina pátria comumente identifica a culpa grave com a culpa consciente, em que o agente prevê a possibilidade da ocorrência do resultado, acreditando sinceramente que este não ocorrerá.[541] Todavia, essa identificação não

---

[537] Sergio Cavalieri Filho define o dolo como: "(...) a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito." (*op. cit.*, p. 51). Compreende o *dolo direto* ou *determinado*, no qual "o sujeito visa a certo e determinado resultado" (JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, v. 1, p. 248), e o dolo indireto ou indeterminado, que possui duas formas: o dolo alternativo e o dolo eventual. O dolo alternativo ocorre: "(...) quando a vontade do sujeito se dirige a um ou outro resultado", indiferentemente (JESUS, D. E. de. *idem*). O dolo eventual se dá: "(...) quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não quer o resultado, pois se assim fosse haveria dolo direto. Ele antevê o resultado e age. A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele. Percebe que é *possível* causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento. Entre desistir da conduta e causar o resultado, prefere que este se produza." (*ibidem*).

[538] Como observa Carlos Gustavo VALLESPINOS (Acciones civiles por accidentes o enfermedades del trabajo. *In*: *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. 1997, p. 585): "O ladrão rouba não porque queira causar dano à vítima, mas para enriquecer." No original: "*El ladrón roba no porque quiera dañar a la víctima sino para enriquecerse*." Na doutrina francesa, Henry Leon MAZEAUD e André TUNC observam que: "O comerciante que realiza um ato de concorrência desleal não trata de prejudicar 'gratuitamente' a seus concorrentes: está claro que o que busca é enriquecer-se. Sua falta, não obstante, segue sendo intencional; porque o dano que causou foi desejado como meio, para ele, de realizar certo enriquecimento." (MAZEAUD, H. L.; TUNC, A. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, I, v. 2, item 413, p. 61). No original: "*El comerciante que realiza un acto de competencia desleal no trata de perjudicar 'gratuitamente' a sus competidores: está claro que lo que busca es enriquecerse. Su culpa, no obstante, sigue siendo intencional; porque el daño que há hecho há sido querido como medio, para él, de realizar cierto enriquecimiento.*"

[539] RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 160.

[540] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 57.

[541] Neste sentido, Sergio CAVALIERI FILHO (*op. cit.*, p. 57), para quem a culpa grave: "É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal. Em ambos há previsão ou representação do resultado, só que no dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo, enquanto na culpa consciente ele acredita sinceramente que o evento não ocorrerá." Idêntico é o entendimento de Antonio Lindbergh C. MONTENEGRO (*Ressarcimento de Danos*, p. 241, nota 395): "Recorde-se que a culpa grave manifesta-se quando o agente comete o delito civil com consciência do mal e das conseqüências de seu ato."

se afigura correta. Pode haver culpa grave sem previsão da ocorrência do resultado. É bastante, para a sua caracterização, a inobservância do dever mínimo de cuidado que a todos incumbe.[542] O agente se conduz sem atenção para as cautelas mais comezinhas.

A maior gravidade da culpa pode decorrer da reiteração da conduta do agente ou da circunstância de constituir um padrão de conduta negligente. Assim, embora o ato lesivo, isoladamente considerado, pudesse ser configurador de culpa leve, deve ser tido como caracterizador de culpa grave, por estar inserido em um padrão de comportamento culposo do agente. É o caso de empresas que não se preocupam em aperfeiçoar seus produtos e serviços, a despeito da reiteração dos danos causados aos seus consumidores em decorrência de defeitos apresentados por esses produtos ou na prestação desses serviços.

Insuficiente para ensejar a aplicação da indenização punitiva é a *culpa leve*, caracterizada pela falta de observância da prudência ordinária, exigível do homem médio nas circunstâncias concretas em que o fato ocorreu.[543] Com mais razão, essa forma de sanção é incabível em caso de *culpa levíssima*, configurada pela falta de observância de um cuidado extraordinário, próprio de um homem prudentíssimo.[544]

**c) A obtenção de lucro com o ato ilícito**

Como já se viu, uma das finalidades da indenização punitiva é a de impedir o lesante de lucrar com o ilícito. Com essa perspectiva, é razoável que o lucro ilícito do ofensor

---

[542] É o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem a *culpa grave* "ocorre quando há violação da diligência mínima" (MORAES, M. C. B. de. *Op. cit.*, p. 216).

[543] Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, a *culpa leve* consiste "na violação da diligência razoável, normal, comum, embora relativizada" (*ibidem*). Para Sergio Cavalieri Filho: "Haverá culpa leve se a falta puder ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum, de um *bonus pater familias*." (CAVALIERI FILHO, S. *Op. cit.*, p. 58).

[544] Ainda de acordo com o magistério de Maria Celina, a culpa levíssima se dá "com a inobservância da máxima diligência" (MORAES, M. C. B. de. *Op. cit.*, p. 216). Na lição de Cavalieri: "a culpa levíssima caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular" (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 58).

constitua pressuposto relativamente independente dessa modalidade de sanção.[545]

Imagine-se que, em determinadas situações, o dano moral pode decorrer de culpa simples. A despeito da ausência de intenção lesiva ou da especial reprovabilidade da conduta lesiva, o agente, em conseqüência do ilícito praticado, vem a obter lucro. Não é razoável que alguém possa manter essa vantagem ilicitamente obtida à custa da lesão a bem integrante da esfera não patrimonial de outrem. Aqui, embora ausente o requisito da culpa grave, a indenização punitiva deve ser aplicada para restabelecer o imperativo ético que permeia a ordem jurídica. A existência de lucro ilícito constitui, assim, pressuposto da indenização punitiva independente da culpa grave.

Também no tocante ao dano material, embora a regra seja a de que a indenização se mede pela extensão do dano, seria cabível indenização de caráter punitivo com a finalidade de impedir o lucro ilícito do agente, pelo menos nos casos em que se entendesse incabível a *actio de in rem verso*. Vale aqui a máxima: "*Nemo ex delicto suo lucretur*."[546] Com efeito, a ninguém é dado obter proveito com um ato ilícito. Trata-se de princípio geral não escrito que decorre do imperativo de justiça que permeia todo o ordenamento jurídico, a partir da Constituição Federal, que em seu art. 3º, I, coloca a construção de uma sociedade livre, *justa* e solidária dentre os objetivos fundamentais da República. Assim, a existência de lucro ilícito constituiria pressuposto relativamente independente da indenização punitiva, a dispensar a

---

[545] Esse é o entendimento de Matilde Zavala de Gonzalez, que, ao lado da "causação de um dano" e da "grave antijuridicidade da atividade danosa", inclui como pressuposto da indenização punitiva a "obtenção de benefícios econômicos como motivo do ato ilícito". Observa a autora: "Este requisito se discute, mas nos parece inexorável pois brinda a principal razão de ser da instituição: a indenização punitiva tende a eliminar ou desmantelar aqueles frutos da árvore envenenada." (GONZALEZ, M. Z. de. *Op. cit.*, p. 581). No original: "*Este requisito se discute, pero nos parece inexorable pues brinda la principal razón de ser a la institución: la indemnización punitiva tiende a eliminar o desmantelar aquellos frutos del árbol envenenado.*" Ver, também, GONZALEZ, M. Z. de; ZAVALA, R. M. G. "Indemnización punitiva". *In*: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, p. 191.

[546] "Ninguém pode lucrar com o próprio delito que cometeu." Ver CALDAS, Gilberto. *Latim Forense*, p. 168. Variante dessa máxima é a seguinte: "*Nemo ex suo delicto melioroem suam conditionem facere potest.*" ("Ninguém pode melhorar sua condição através de um crime").

ocorrência de dano moral.[547]

## 6.11. SITUAÇÕES EM QUE NÃO SE JUSTIFICA A INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Há situações em que a ofensa a direito personalíssimo não seria merecedora de sanção de caráter retributivo ou de punição. O ofensor, apesar de ter causado dano e estar obrigado a indenizar, não é merecedor de especial reprimenda. São os casos de dano sem culpa (responsabilidade objetiva) ou sem culpa comprovada (presunção de culpa) e de dano resultante de culpa leve.

### 6.11.1. Culpa leve

Embora a lesão tenha decorrido de ato ilícito, porque praticado com violação do dever de cuidado, não há por que pensar em punição ao ofensor quando a conduta caracterizar culpa leve. A indenização, em tal caso, deixa de exercer função característica de pena, qual seja, a de prevenção geral ou especial da prática de ilícitos, e, portanto, só se justificaria como forma de compensação ou satisfação à vítima de algum padecimento.

A exclusão das lesões decorrentes de culpa leve do âmbito de aplicação da indenização punitiva mostra a dimensão excepcional do instituto, que deve ser aplicado apenas nos casos em que o dano, independentemente de sua gravidade ou extensão, derivou de comportamento especialmente reprovável.

Ressalve-se a hipótese de, a despeito da culpa leve, o agente ter obtido um ganho com o ilícito praticado, quando, então, a indenização punitiva deverá ser imposta para impedir o agente de se beneficiar com o ato lesivo.

---

[547] A questão, aqui levantada para ensejar a reflexão, deixa de ser aprofundada porque refoge aos limites estabelecidos para este trabalho, que se preocupa em examinar o fenômeno da indenização punitiva em relação

### 6.11.2. Responsabilidade objetiva

Com muito mais razão, não seria punível a lesão decorrente de ato configurador de responsabilidade objetiva. O fundamento da responsabilidade civil, em tal caso, é, tão-somente, o risco proporcionado por uma dada atividade. A ausência de culpa afasta a necessidade e, conseqüentemente, o fundamento da sanção de natureza penal.

Observe-se, todavia, que mesmo em caso de responsabilidade objetiva será aplicável a indenização punitiva, se o ofensor, comprovadamente, tiver atuado com culpa grave ou dolo. Com efeito, nada impede que, em processo no qual se esteja a cuidar de caso de responsabilidade civil objetiva, a parte autora produza prova acerca do dolo ou da culpa do réu na produção do evento.

Em se tratando, por exemplo, de dano moral decorrente do fato do produto ou do serviço, na qual a responsabilidade do fornecedor é de natureza objetiva,[548] a indenização punitiva dependeria da comprovação, a cargo do consumidor atingido, de que o evento decorreu de culpa grave daquele.[549]

Em caso de responsabilidade indireta ou por fato de terceiro, fundada no art. 932 do Código Civil,[550] haverá necessidade, no que se refere à indenização punitiva, de comprovar a

---

ao dano moral.

[548] Nos termos do art. art. 12 do CDC: "O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos." O art. 14 do mesmo Código reza: "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos."

[549] É no mínimo questionável a aplicação, no caso, da regra do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que estabelece a inversão do ônus da prova quando for verossímil a alegação do consumidor ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Em se tratando da imposição de sanção de caráter punitivo, seria exigível a produção de prova convincente da culpa do réu pelo evento, à semelhança do que ocorre no processo penal.

[550] "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

culpa grave do responsável, embora se cuide de responsabilidade objetiva.[551] Assim, caberá a demonstração da grave negligência do pai do menor que causou o dano, por ter aquele descumprido com o seu dever de guarda e vigilância em relação a este. Prova semelhante há de ser produzida contra o tutor e o curador, para que estes respondam pelos atos, respectivamente, do tutelado e do curatelado.

Em se tratando de dano moral praticado por empregado ou preposto no exercício do trabalho que lhes competir, o empregador ou comitente, embora responsáveis objetivamente, somente deverão ficar sujeitos à indenização punitiva em caso de culpa comprovada. Assim, por exemplo, quando demonstrado que aqueles agiram autorizados por estes ou seguindo suas instruções; ou quando tiver o empregado sido incumbido de função para a qual não estava devidamente qualificado. O empregador e o comitente sujeitam-se, ainda, à indenização punitiva quando tiverem ratificado ou aprovado o ato do empregado ou preposto.

## 6.12. ANÁLISE DE ALGUMAS OBJEÇÕES À INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Muitas são as objeções à indenização punitiva desfiadas por uma parte da doutrina e por alguns setores da sociedade à indenização punitiva. Algumas dessas objeções, impõe-se reconhecer, são apresentadas de forma isenta e científica. Outras, no entanto, têm muito de emocional e são motivadas pelo temor da repercussão que o instituto pode provocar nas relações socioeconômicas.

Adiante serão passadas em revista algumas das principais objeções apresentadas à idéia de indenização punitiva.

---

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.”

A objeção que diz com o rompimento da tradicional função reparatória da responsabilidade civil já foi analisada nos itens precedentes, assim como o argumento correlato de que essa forma de indenização introduz o conceito de pena no âmbito do Direito Civil.

Não se pretendeu, nem de longe, esgotar essa problemática. Vários outros argumentos contrários à indenização punitiva poderiam ser apresentados ou imaginados. Consideraram-se aqui alguns de especial relevância, quando menos pela constância com que aparecem nos debates acerca do tema.

### 6.12.1. Excessos nas indenizações

A resistência à natureza punitiva da indenização decorre, em boa parte, de notícias acerca de excessos cometidos em várias decisões judiciais, principalmente da jurisprudência americana. Com efeito, os meios de comunicação noticiam indenizações milionárias, totalmente desproporcionais em relação à ofensa, ou concedidas pelos motivos mais insignificantes. Fala-se, a propósito, em "loteria forense".[552]

No que concerne às decisões proferidas pela Justiça dos Estados Unidos, há, como já exposto no capítulo dedicado à doutrina dos *punitive damages*, muito de inexatidão, sensacionalismo e até desinformação. As cifras milionárias noticiadas quase sempre constituem julgamentos de primeiro grau, proferidos pelo júri. Esses valores exacerbados freqüentemente são reduzidos pelas cortes superiores estaduais, quando não o são pelo próprio juiz togado que preside o julgamento, para patamares bem inferiores. A própria Suprema

---

[551] Código Civil: "Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos."
[552] A expressão é empregada, dentre outros, por Maria Celina Bodin de Moraes (*op. cit.*, p. 328).

Corte dos Estados Unidos tem exercido, como se viu, controle sobre a razoabilidade e a proporcionalidade dos valores indenizatórios.[553]

O sistema judicial brasileiro apresenta muito menos riscos de indenizações desmesuradas do que o americano, em que, ordinariamente, o julgamento das causas de responsabilidade civil é atribuído a um júri, composto de pessoas leigas, sem a capacitação técnica e a experiência de um juiz profissional. O julgamento por um juiz togado, menos propenso a julgamentos passionais do que um corpo de jurados, já diminui sensivelmente esses riscos.

Além disso, o próprio sistema recursal constitui garantia suficiente contra os excessos eventualmente cometidos na fixação da indenização do dano moral. Os valores fixados inicialmente pelo juízo de primeiro grau acabam submetidos a pelo menos duas ou três revisões. Na instância ordinária, sempre caberá apelação para pleitear a redução do valor de indenização por dano moral fixado por sentença. É possível ainda que caibam embargos infringentes para redução do valor fixado pelo Tribunal, quando este, ao julgar a apelação, tiver, por maioria de votos, reformado a sentença para elevar o *quantum* indenizatório.

O Superior Tribunal de Justiça, corte responsável pela fiel aplicação e interpretação da lei federal, tem chamado para si – via recurso especial (art. 105, III, da Constituição Federal) – o controle do valor da indenização do dano moral para impedir os excessos. E, como o direito à indenização por dano moral tem assento constitucional, não se descarta a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, nossa mais alta corte, responsável pela guarda dos princípios encartados na Constituição Federal, também exercer atividade revisora dos valores indenizatórios, via recurso extraordinário (art. 102, III, da Constituição Federal).

A possibilidade de sucessivas revisões dos julgados, se não elimina inteiramente, reduz em muito o risco de fixação de indenizações excessivas ou desproporcionais em relação

---

[553] Conforme ocorreu no julgamento do caso *BMW of North America Inc. v. Gore*, mencionado no capítulo 4.

ao dano moral ou, simplesmente, fora de nossa realidade socioeconômica. O sistema recursal constitui a salvaguarda necessária contra os excessos ou arbitrariedades de algum julgador.[554]

Na jurisprudência brasileira, são relativamente reduzidos os julgados que fixam indenizações milionárias, absurdamente desproporcionais em relação ao dano moral ocorrido.[555] Estes raros casos constituem uma deturpação, decorrente da falta de observância pelo julgador do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Esse desvirtuamento, todavia, não desmerece a indenização punitiva, que, bem aplicada, é instrumento valioso para a tutela dos direitos da personalidade.

Uma boa idéia não deve ser desprezada, descartada ou desmerecida em conseqüência do mau uso que alguns poucos fazem dela, mormente quando, como no caso da indenização punitiva, os benefícios que ela proporciona são significativos e superam largamente eventuais e episódicas distorções.

---

[554] A respeito do temor externado por tantos em relação ao excessivo arbítrio judicial na fixação da indenização por dano moral, cabe trazer a ponderação de Silvio Rodrigues: "Não são poucos os que proclamam ser tão melhor a lei quanto menor poder conceder ela ao juiz; com efeito, abrir largas portas ao julgador, para lançar mão da regra que ele ditaria se fosse legislador, é, ao ver de muitos, de grande inconveniência. (...) Ora, tal conselho nem sempre pode ser seguido, pois em numerosíssimas hipóteses a regra de direito se reveste de grande flexibilidade. Ademais, quando o legislador confere ao juiz poderes para fixar moderadamente uma indenização por dano moral, não está ele conferindo a um homem o poder de fixar tal indenização; em rigor, está conferindo ao Poder Judiciário aquela prerrogativa, pois a decisão do juiz singular será examinada pelas instâncias superiores e se aquela vier a ser confirmada em apelação, embargos e recurso extraordinário, tal decisão decerto representará o sentir de toda uma elite intelectual, representada pelo referido Poder Judiciário. Não me assusta o argumento do excessivo poder concedido pelo legislador ao juiz." (*Direito Civil*, v. 4, p. 209).

[555] Ganhou notoriedade sentença proferida por Juízo do Maranhão que, em fevereiro de 1993, em razão da devolução indevida de cheque no valor correspondente a 3,48 salários mínimos, condenou o Banco do Brasil ao pagamento de indenização equivalente a 3.000,00 salários mínimos da época. O Tribunal de Justiça do Maranhão, julgando apelação do Banco réu, reduziu esse valor para o equivalente a 450 salários mínimos. Essa última decisão foi objeto de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, que acabou por fixar a indenização do dano moral em valor correspondente a 20 salários mínimos (STJ, RESP 222525/MA – DJU de 24.4.2000 – 3ª Turma – Min. Ari Pargendler).

### 6.12.2. Enriquecimento sem causa da vítima

Sustenta-se, com freqüência, que a indenização punitiva, à medida que constitui uma soma não relacionada com seu dano, mas com a reprovabilidade da conduta do seu causador, determinaria um enriquecimento sem causa, injustificado ou indevido para a vítima.

O princípio do enriquecimento sem causa não se aplica sem grandes dificuldades à indenização por dano moral, já que compara bens de natureza distinta. A dignidade humana e os atributos da personalidade não são redutíveis à pecúnia. Relembre-se a distinção kantiana entre preço e dignidade. Somente tem *preço* aquilo que pode ser substituído por um equivalente; o que não tem equivalência e está acima de todo preço compreende uma *dignidade*. Não há, pois, como afirmar que alguma quantia possa ser considerada excessiva como indenização pela morte de um ente querido, ou por uma lesão deformante ou incapacitante. É no mínimo embaraçoso sustentar que alguma soma em dinheiro possa ser desmedida ou exagerada em comparação com os atributos da personalidade, mormente quando trazidos para esse confronto aqueles atributos de maior relevância, como a vida, a integridade física e a honra.

Além disso, mesmo em relação aos bens personalíssimos de menor hierarquia, há que considerar o valor que eles apresentam para o seu titular. Daí por que, como observa Júlio Manuel Vieira Gomes, os *punitive damages* não representariam, sempre e necessariamente, um enriquecimento do lesado, pois configurariam, ao menos em parte, “um meio de ter na devida conta o dano subjectivo deste”.[556]

A bem da verdade, como observa Maria Celina Bodin de Moraes, “a sentença de um juiz, arbitrando o dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado”.[557] Esse “enriquecimento” teria como causa ou

---

[556] GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Op. cit.*, p. 759.
[557] MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, p. 302.

justificativa a própria decisão judicial, devidamente fundamentada, e, remotamente, a lesão provocada pelo réu.

Por outro lado, o argumento do enriquecimento indevido torna-se mais fraco ainda nos casos em que a indenização punitiva atua como forma de impedir o lucro do ofensor com o ato lesivo.[558] Nesse caso há de convir que a verdadeira afronta ao Direito consiste na possibilidade de alguém poder obter vantagem com o dano que causou a outrem. Antes, pois, a vítima receber um *plus* pelo dano sofrido que permitir o lucro do ofensor com sua atividade antijurídica. Neste sentido se manifesta Vieira Gomes: "Quanto a nós, e como adiante se dirá com mais detalhe, pelo menos em certas hipóteses em que o autor da intromissão na esfera jurídica alheia age com dolo ou culpa grave e, até, por vezes, depois de uma ponderação racional – em termos de racionalidade econômica – dos custos e benefícios que a sua conduta ilícita lhe pode acarretar, repugna mais que o agente conserve um lucro ilícito do que a circunstância de o lesado receber um benefício que ele próprio não poderia obter."[559]

De todo modo, os benefícios buscados pela indenização punitiva – punir uma grave conduta e prevenir comportamentos semelhantes tanto do ofensor quanto de terceiros – transcendem em muito a circunstância de a vítima vir a obter um valor superior ao que normalmente lhe seria destinado como compensação do dano. Com efeito, as vantagens que esta forma de sanção pode trazer para a coletividade tornam irrelevante a conseqüência econômica para vítima. Nesta perspectiva, essa conseqüência seria como que o inevitável efeito colateral de um remédio necessário para combater uma doença e impedir a sua recorrência. Seguindo essa maneira de pensar, Matilde Zavala de Gonzalez argumenta que: "(...) por sobre esse enriquecimento injustificado prevalecem interesses sociais tendentes a

---

[558] Vieira Gomes observa que: " (...) quando o autor do facto ilícito retira da sua conduta um lucro superior ao dano causado, a doutrina claramente dominante nos países de *civil law* encolhe, resignadamente, os ombros e repete, como se de uma evidência se tratasse, o dogma de que a obrigação de indemnizar não pode converter-se numa fonte de enriquecimento para o lesado. Nas expressivas palavras de PEREIRA COELHO não se deve, para evitar uma injustiça, cometer outra." (GOMES, J. M. V. *Op. cit.*, p. 795).

[559] GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Op. cit.*, p. 795, nota 1.249.

educar e desestimular condutas que atingem a comunidade, assim como destruir conseqüências indesejáveis de uma situação lesiva que não se remedeiam com a reparação do dano."[560] Invocável aqui o *princípio* (ou critério) *da proporcionalidade* (em sentido estrito)[561] para conferir maior peso à punição e à prevenção de ilícitos do que a um suposto "enriquecimento" da vítima. Cabe, no particular, a justa ponderação de Maria Celina Bodin de Moraes: "O enriquecimento, se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos de lesão à dignidade humana, é mais do que justificado: é devido."[562]

### 6.12.3. Incentivo à "indústria do dano moral"

Ao ver de alguns, a indenização punitiva atuaria como incentivo à "indústria do dano moral".[563]

A expressão "indústria do dano moral" é constantemente empregada quando se pretende, de algum modo, sustentar alguma posição restringente em relação ao dano moral. É, por exemplo, utilizada por muitos dos que sustentam não ser admissível a formulação de pedido genérico nas ações em que se postula indenização por essa espécie de dano. É também empregada com freqüência como justificativa para a restrição ao próprio conceito de dano moral. É, por fim, e principalmente, lançada para justificar a fixação de indenizações em valores mais reduzidos.

---

[560] GONZALEZ, Matilde Zavala de. *Resarcimiento de Daños*, p. 575.

[561] Alexy manifesta sua preferência pela expressão *máxima* da proporcionalidade em lugar da locução *princípio* da proporcionalidade, por considerar que ela não se refere a um princípio no sentido por ele propugnado, qual seja, de mandato de otimização, a ser aplicado na maior medida possível. Todo princípio sempre estará sujeito a um exame de *adequação*, *necessidade* e *ponderação* (proporcionalidade em sentido estrito), máximas parciais em que se divide a proporcionalidade. Com base na ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito, apura-se, em um caso concreto, a possibilidade jurídica de aplicação de um princípio; com base na adequação e na necessidade, analisam-se as suas possibilidades fáticas (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 111-113). *V.* ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*, p. 42); e FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*, p. 27, especialmente nota 19.

[562] MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, p. 302. A ponderação da autora, não se deve perder de vista, é feita sempre na perspectiva de uma indenização de dano moral que exerceria finalidade meramente compensatória.

[563] Maria Celina entende que a função punitiva representa um forte "incentivo à malícia" (MORAES, M. C. B. de. *Op. cit.*, p. 261 e 328).

O risco de propositura de ações de indenização temerárias, que buscam especular com o dano moral, tentando incluir no conceito os fatos mais corriqueiros ou banais, é inerente à democracia e ao princípio do acesso à justiça. É necessário possibilitar a todos o acesso à jurisdição para que aqueles que tenham efetivamente direito possam vê-lo satisfeito ou realizado.

O remédio contra ações infundadas e abusivas que busquem especular com o instituto do dano moral deve vir, primeiro, da formação de uma jurisprudência firme, que rejeite as pretensões desarrazoadas. O sistemático não acolhimento de postulações dessa índole desestimularia os aventureiros e acarretaria a paulatina diminuição de tais demandas. Além disso, impõe-se uma aplicação rigorosa das normas que tratam da litigância de má-fé,[564] com a imposição das respectivas sanções até mesmo de ofício, como o permite o art. 18 do CPC.

O que não é razoável é que se pretenda criar dificuldades de acesso ao Judiciário ou excluir importante instrumento de defesa da cidadania, como o é a indenização punitiva, a pretexto de desestimular as demandas temerárias. Se o preço a pagar pela efetividade ou concretização dos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, é possibilitar a propositura de ações temerárias e infundadas, então será um preço baixo a ser pago.

#### 6.12.4. Risco de produção de resultados social e economicamente danosos

Outro argumento, lembrado por Pizarro, é o de que a aplicação de indenizações punitivas pode trazer conseqüências nocivas do ponto de vista social e econômico.[565] A condenação de empresas a valores exacerbados colocaria em risco a sua saúde econômica, trazendo a necessidade de demissões de empregados e, em casos extremos, levando ao

---

[564] Ver artigos 16 a 18 do CPC.
[565] PIZARRO, Ramón Daniel. *Op. cit.*, p. 389.

encerramento de suas atividades. A insegurança provocada pela indenização punitiva teria o efeito de desencorajar a iniciativa econômica. Além disso, as empresas acabariam por repassar para os preços de seus produtos e serviços os custos das indenizações, o que faria com que os consumidores, em última análise, arcassem com esses valores.

Em relação a tais argumentos cabe ponderar, com Pizarro, que o aspecto econômico não deve ser o único considerado para concluir pela utilidade ou inutilidade de um instituto jurídico e muito menos pela sua justiça ou injustiça. Essas objeções econômicas acabam por ignorar que "o núcleo central de toda a argumentação (e de todo sentimento) jurídico repousa em torno do homem e de sua dignidade, cuja valoração supera largamente as regras de oferta e demanda."[566]

Com razão Alterini quando pondera que a preocupação com os custos no mundo dos negócios é perfeitamente compreensível, uma vez que a formação dos preços depende deles. Daí porque quanto menor o montante indenizatório, menor será o custo empresarial. Mas, como adverte o autor: "não é possível consentir com o regresso a critérios que campearam nos tempos do esplendor da era industrial. Bom exemplo disso é a sentença proferida pela Corte de Nova Iorque no ano de 1873, que rechaçou uma pretensão indenizatória com a idéia de *compensatio damni cum lucro*, argumentando que a indústria procura vantagens sociais, e que o dano individual acaba compensado com a vantagem que a vítima obtém ao receber o benefício resultante do desenvolvimento econômico da sociedade a que ela pertence."[567]

Além disso, não há evidências que justifiquem uma previsão econômica catastrófica das conseqüências da indenização punitiva. Previsões dessa natureza freqüentemente vêm baseadas em decisões isoladas, em sua maioria não definitivas, que configuraram uma eventual aplicação deturpada do instituto. O emprego adequado da indenização punitiva afasta

---

[566] PIZARRO, Ramón Daniel. *Op. cit.*, p. 389.
[567] ALTERINI, Atilio Aníbal. *Las Ideologias en el Tratamiento de la Limitacion Cuantitativa de la Reponsabilidad*. Disponível em <http://www.alterini.org/to_aaa5.htm> Acesso em 9 nov. 2003.

os riscos econômicos e sociais, produzindo, ao contrário, o esperado efeito de prevenir danos a consumidores e usuários de produtos e serviços.

### 6.12.5. Estímulo ao sentimento de vingança

Argumenta-se que a indenização punitiva constituiria estímulo à vingança, sentimento negativo que não deve ser encorajado na sociedade moderna.

Os que criticam a idéia do emprego da indenização por dano moral com o caráter de pena desconsideram, no entanto, que é da natureza humana buscar retribuir a injustiça sofrida. Não será o Direito que irá apagar essa característica do ser humano. O que o Direito pode e deve fazer é conferir civilidade à reação ao injusto, para impedir o "olho por olho". E nada mais civilizado do que a aplicação de uma sanção pecuniária como retribuição pelo mal causado.

Além disso, conquanto no plano moral toda vingança seja indigna, porque produto do ódio e, conseqüentemente, da incompreensão, nem por isso a sanção deixa de ser justificável, porque não se trata apenas de julgar, mas de impedir o mal e os maus. A sanção é, antes de tudo, forma de defesa da sociedade. Dirige-se não ao passado, que não mais pode ser apagado ou anulado, mas ao presente e ao futuro.[568] Constitui não uma manifestação de incompreensão, mas uma forma de defesa, porque, afinal: "compreender tudo, como se sabe, é perdoar tudo. Mas perdoar não é deixar fazer."[569]

---

[568] Na reflexão de André Comte-Sponville: "(...) a moral não é tudo: não basta julgar, cumpre impedir. É aí que a sociedade intervém: ela tem o direito de se defender e, para tanto, os meios de punir. A sanção não anula a culpa, nem restabelece a justiça. A lei de talião, quaisquer que sejam suas formas ou sutilezas, é sempre barbárie e justificação pela barbárie. A sanção, na verdade, não tem poder sobre o passado – não tem poder sobre a culpa, portanto –, e não teria dignidade contra eles. Toda vingança é indigna. Mas a sanção concerne inteiramente ao presente e (na medida em que esse presente dura, e deve durar) ao futuro." (COMTE-SPONVILLE, André. *Viver*, p. 110).

[569] *Ibidem*, p. 112. Como pondera André Comte-Sponville: "Os inimigos que você compreende, você deixa de odiá-los; você não deixa de combatê-los." (*idem*).

### 6.12.6. O problema do dano moral indireto ou em ricochete com pluralidade de legitimados à indenização

Dificuldade séria na aplicação da indenização punitiva se encontra quando ocorre dano moral indireto ou em ricochete. Em caso de morte da vítima, é possível que haja uma pluralidade de legitimados à indenização por dano moral: cônjuge ou companheiro, descendentes, ascendentes, colaterais e outras pessoas próximas sem relação de parentesco. Embora a cada legitimado corresponda um dano moral, a conduta lesiva é uma só e não seria razoável que a indenização punitiva fosse aplicada em toda a sua extensão no tocante a cada um dos lesados indiretos. Em tal situação, cabe ao julgador tomar em consideração essa circunstância para distribuir entre os legitimados o montante total que seria cabível como reprovação da conduta lesiva. É possível, no entanto, que, pelo menos inicialmente, nem todos os legitimados proponham ação de indenização. Ainda assim, sabedor o juiz da existência de outros legitimados que não aqueles que ajuizaram a ação, deve levar em conta esse fator no momento de fixar a indenização punitiva, excluindo do respectivo montante a parcela que caberia àquele que ficou de fora da demanda. Essa é a solução que se afigura mais adequada em relação à indenização punitiva.

Que fazer, no entanto, se o julgador desconhece a existência de outros legitimados e, ao julgar a demanda, fixa indenização em montante considerado, por si só, suficiente como punição e dissuasão? Em tal hipótese, não seria justo nem jurídico que o ofensor, em uma segunda demanda e em demandas subseqüentes, pudesse ser novamente sancionado, pois haveria violação ao princípio da proporcionalidade entre o dano e a punição a este imposta.

Contudo, se o juízo considerar que a sanção imposta na demanda anterior não foi suficiente, poderá fixar nova indenização punitiva, mas sempre levando em conta o valor anteriormente fixado.

### 6.12.7. O princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da CF)

Quanto à possibilidade de uma indenização de caráter punitivo, objeta-se que violaria o princípio da legalidade penal (ou princípio da anterioridade da lei penal), que condiciona a imposição de pena à existência prévia de lei que a comine a um delito específico.[570]

O princípio da legalidade, como se pretende demonstrar, não é aplicável às sanções pecuniárias estabelecidas fora da esfera tipicamente penal. E, no que toca especificamente à indenização punitiva, colidiria com princípio mais elevado: o da dignidade humana.

#### 6.12.7.1 A inaplicabilidade do princípio da legalidade às penas pecuniárias impostas fora do âmbito penal

Um exame das raízes históricas do princípio revela ter ele sido concebido e desenvolvido para a proteção do homem contra o arbítrio na aplicação de penas de especial gravidade, tais como a privativa de liberdade, as aflitivas (ou corporais) e a pena de morte, características do Direito Penal, não para a pena pecuniária, atribuível em âmbitos não penais tanto à pessoa humana quanto à pessoa jurídica.

Alguns estudiosos remontam a origem do princípio ao Direito romano, enquanto outros encontram no Direito medieval essas raízes. Seja como for, o princípio da legalidade penal ganhou força a partir do Iluminismo, no qual floresceu uma política criminal racional e

---

[570] Na doutrina brasileira, a objeção foi apresentada por Wilson Mello da Silva: "Para que haja pena, mister se torna, em cada caso, um texto legal expresso que a comine e um delito que a justifique. *Nula poena sine lege*; *nullum crimen sine lege*. Para a existência do dano, porém, basta a simples infringência da ampla regra do *neminem laedere*. O delito, no dano, é apenas o seu fato gerador, a circunstância determinante dele. E o que, no juízo cível, se busca ressarcir é apenas a conseqüência patrimonial ou não-patrimonial, do delito e não o delito mesmo." (SILVA, W. M. *O Dano Moral e sua Reparação*, p. 573). Alinha-se a esse entendimento Maria Celina Bodin de Moraes: "(...) ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-o ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multisecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*" (MORAES, M. C. B. de. *Op. cit.*, p. 260).

humanista.[571] A exigência do estabelecimento prévio da conduta delituosa e da sanção a ela aplicável foi exigência histórica de filósofos iluministas contra o arbítrio e o despotismo dos juízes, que, no Direito Penal pré-moderno, detinham o poder ilimitado de estabelecer penalidades, incluídas as de natureza cruel e a pena de morte, sem nenhum compromisso com princípios de eqüidade e proporcionalidade. As idéias de pensadores e filósofos como Hobbes (1651), Beccaria (1764), Feuerbach (1801) e outros foram determinantes para a disseminação da idéia de que o juiz deveria se submeter à lei, única que deveria estabelecer quais condutas devem ser consideradas delituosas e a sanção que a cada uma delas deve corresponder. As reações iluministas contra o despotismo dos juízes redundaram no mito do juiz como simples "boca da lei"[572], assim como na predeterminação legal da pena e da "supressão de qualquer discricionariedade judicial na valoração da gravidade do delito e, por conseguinte, na medida da pena correspondente."[573] O Código Penal francês de 1791, acolhendo essa idéia, estabelecia penas fixas e invariáveis para cada delito, não deixando margem para que o juiz graduasse a sanção de acordo com a gravidade do delito.[574]

Hobbes, embora defensor do absolutismo, assentou que: "(...) os danos infligidos por um ato praticado antes de haver uma lei que o proibisse não são penas, mas atos de hostilidade. Porque antes da lei não há transgressão da lei, e a pena supõe um ato julgado como transgressão de uma lei."[575]

Beccaria, influenciado pela teoria do contrato social de Rousseau, expressou de forma clara a idéia de que: "(...) somente as leis podem decretar as penas relativas aos delitos; e esta

---

[571] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, v. 1, p. 132.
[572] E expressão é uma condensação de trecho da célebre obra de Montesquieu *L'Esprit des lois*: "*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.*" Em sua tradução: "Mas os juízes da nação são, como dissemos, apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor." (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*, p. 195).
[573] FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 324.
[574] *Idem.*
[575] HOBBES, Thomas. *Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, p. 225.

autoridade não pode residir senão no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social."[576]

Feuerbach foi quem deu a feição atual ao princípio, elevando-o à condição de "aforismo político":[577] *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali.*[578]

O princípio veio a ser consagrado em vários códigos penais e foi incorporado por várias constituições. Ganhou reconhecimento no plano internacional em diversos tratados, dentre os quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo artigo XI, 2, estabelece: "Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o Direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso."[579]

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da legalidade é consagrado desde a Constituição do Império, de 1824, em seu art. 179, XI.[580] Está expresso na vigente Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXIX.[581]

Sustenta-se, com freqüência, que a aplicação de uma indenização com caráter de pena privada violaria o princípio da legalidade penal.[582] Todavia, o exame das razões que

---

[576] BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 39.

[577] SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena. Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*, p. 74. Ver, também, SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*, p. 135 e seguintes.

[578] A fórmula latina, como adverte Nilo Batista, não consta, em sua forma extensa, das obras de Feuerbach, decorre da articulação de três apotegmas: *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine poena legali* e *nulla poena (legalis) sine crimine* (BATISTA, N. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 66).

[579] V. MELLO, Cleyson de Moraes e FRAGA, Thelma Araújo Esteves. *Direitos Humanos. Coletânea de Legislação*, p. 66.

[580] "XI – Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de Lei anterior e na forma por ela prescrita."

[581] "XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". O princípio da irretroatividade, consectário do princípio da legalidade, vem expresso no inciso XL: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

[582] Também denominado princípio da "anterioridade da lei penal", da "reserva legal", da "estrita legalidade" ou da "legalidade penal". Andrei Zenkner Schmidt distingue o princípio da legalidade do princípio da anterioridade, indicando que este último seria corolário daquele (SCHMIDT, A. Z. *O princípio da legalidade penal – no estado democrático de direito*, p. 207). Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior, por sua vez, observam que: "(...) decorrem do princípio da legalidade penal o princípio da reserva legal, o princípio da anterioridade e o princípio da taxatividade." (SHECAIRA, S. S.; CORRÊA JUNIOR, A. *Teoria da pena*, p. 76). Em igual sentido, José Antonio Paganella Boschi: "A concepção originária do princípio da legalidade sofre ampliações, pois, modernamente, ele se apresenta triplamente facetado, compreendendo a reserva legal, a proibição da

conduziram ao estabelecimento do princípio da legalidade, assim como a análise da natureza da pena de multa em confronto com as demais penas, levam à conclusão de que a indenização punitiva não entra em colisão com o princípio.

Com a instituição do princípio, buscou-se impedir a criminalização *ex post facto*, para obstar o arbítrio dos juízes, que podiam virtualmente criminalizar qualquer conduta, atribuindo-lhe qualquer pena, por mais desproporcional que fosse. Do princípio extrai-se a idéia de que deve ser preestabelecida a *espécie* (*qualidade*) de sanção aplicável. Além disso, deve ser indicada previamente a *quantidade* de pena.

O estabelecimento prévio dos crimes e das penas (estas em sua qualidade e quantidade) traz, de um lado, garantia às pessoas contra o arbítrio; de outro lado, sua cominação atenderia à finalidade de prevenção geral.

Uma interpretação racional leva à conclusão de que a indenização punitiva, a despeito de sua natureza (de pena pecuniária de natureza privada), não se encontra no âmbito de incidência do referido princípio. A sanção pecuniária, por sua natureza peculiar, não se submete a todas as restrições feitas às demais sanções penais, em especial às penas corporais.

Em primeiro lugar, no que se refere à sua *qualidade* ou à *forma* pela qual se materializa, a sanção pecuniária não se diferencia da sanção reparatória ou indenizatória. A condenação ao pagamento de uma indenização e a condenação ao pagamento de uma multa diferenciam-se pelos fundamentos e pela finalidade, mas não pela forma. Ambas as sanções são representadas por dinheiro, bem fungível por excelência. A imposição de uma sanção pecuniária, tanto quanto a condenação ao pagamento de uma indenização, é uma conseqüência ou resposta natural a um dano.

Objetar-se-á que a medida da indenização está sempre relacionada com o dano e sua extensão, razão pela qual aquele que causa o prejuízo pode avaliar as suas conseqüências e,

---

irretroatividade da lei penal e a enunciação ou determinação taxativa.” (BOSCHI, J. A. P. *Das penas e seus critérios de aplicação*, p. 43).

desse modo, não pode legitimamente alegar surpresa com a imposição do *quantum* indenizatório. Já a sanção pecuniária de natureza penal, por não estar relacionada com um bem estimável pecuniariamente, deve ser preestabelecida para não surpreender o réu. Não parece razoável, no entanto, que o elemento surpresa possa constituir legitimamente um óbice à indenização punitiva. A própria indenização por dano material, comumente, não tem como ser estimada previamente pelo réu ou pelo autor, tanto que o art. 286, inciso II, do CPC autoriza a formulação de pedido genérico: “quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito”. Com freqüência, a extensão do dano só é apurada ao longo do processo. E algumas verbas, como os lucros cessantes, contêm uma considerável carga de subjetividade. Além disso, em se tratando de dano moral, o valor da indenização, mesmo quando se busca imprimir à avaliação um caráter meramente compensatório do dano, é sempre imponderável, porque está relacionado com bens não estimáveis em pecúnia. Já se disse, mesmo, que o arbitrário é da própria essência do dano moral.[583] Não é aceitável, portanto, o argumento de que seria ilegítimo o estabelecimento de uma sanção pecuniária a título de pena porque causaria surpresa para o réu. A indenização por dano moral, seja qual for o caráter que assuma (compensatório ou punitivo), sempre trará, com ela, o signo do imponderável.

Por outro lado, a determinação da *quantidade* da pena, por exigir, sempre, um delicado labor de interpretação à luz do caso concreto, é papel que incumbe inevitavelmente ao juiz, único que pode conferir tratamento equânime e, por conseqüência, proporcional ao fato submetido a julgamento.

Para a correta compreensão do alcance do princípio da legalidade penal, impõe-se distinguir entre dois problemas: o da determinação da *qualidade* e o da *quantidade* das penas. A solução do primeiro problema (da qualidade das penas) cabe à lei. A esta, com

---

[583] “Não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbitrário é até da essência das coisas.”

exclusividade, incumbe estabelecer se um fato deve ser sancionado com privação de liberdade, restrição de direito, multa. Já a solução do último problema (da determinação da quantidade das penas) cabe exclusivamente ao juiz, que, analisando as circunstâncias concretas, determinará quanto de privação de liberdade, de restrição de direito ou de multa é adequado para punir um comportamento. Porque constitui tarefa que necessariamente lhe incumbe, a determinação da quantidade de pena pelo juiz é compatível com o princípio da legalidade penal.

Com a densidade intelectual que lhe é característica, Luigi Ferrajoli observa que a idéia de penas não graduáveis judicialmente é decorrência da total incompreensão acerca daquilo que denomina "insubstituível momento da atividade de julgar",[584] consistente na "*interpretação eqüitativa* do fato legalmente tipificado".[585] Dois fatos, ainda que inseridos no mesmo tipo legal, nunca são totalmente iguais. Os motivos que os determinaram, os modos da ação, a gravidade dos danos, a intensidade da culpa e outras circunstâncias são singulares e irrepetíveis. Constituem "a *conotação* do caso submetido a juízo, cuja individualização e interpretação compete ao juiz não menos que a verificação ou prova da *denotação* do fato como delito."[586]

O estabelecimento da *quantidade* de pena aplicável a um fato encontra-se inserido dentro do que Ferrajoli chama de *poder judicial de enquadramento*, que se articula sem dificuldades com o princípio da legalidade penal:

> Este poder, parece-me, será compatível com o princípio de estrita legalidade das penas e com a lógica da divisão de poderes na medida em que consista unicamente na determinação da *quantidade*, mas não também na determinação da *qualidade* das penas. Se duas hipóteses de delito têm igual *enquadramento* legal e diversa conotação judicial, a única forma de respeitar a sua igualdade e, ao mesmo tempo, a sua

---

(AGUIAR DIAS, José de. *Op. cit.*, v. 2, p. 863)

584 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 324.

585 *Idem.*

586 *Idem.*

> diferença é que tenham penas iguais quanto ao tipo e diversas quanto à medida. E posto que a determinação em abstrato do tipo de pena está ligada ao poder de determinação legal, enquanto a especificação em concreto da medida da pena diz respeito ao poder de conotação judicial, a primeira está reservada à lei e a segunda ao juiz. Disso segue-se que é contrário ao princípio de legalidade das penas que para o mesmo tipo de delito a lei preveja alternativamente penas privativas de liberdade e penas pecuniárias, deslocando a opção para o juiz; assim como seria contrário ao princípio de jurisdicionalidade que, com independência dos traços concretos do fato comprovado pelo juiz, a lei predeterminasse para ele a pena em uma medida fixa.[587]

Não se queira argumentar que o princípio da legalidade penal imporia ao menos a predeterminação legal de limites mínimo e máximo para a pena de multa. Isso pode ser válido para as penas privativas de liberdade e para as restritivas de direito, cuja medida deve ser extraída exclusivamente da *gravidade do dano* e do *grau de culpabilidade* do agente.[588] Mas não vale para a pena de multa que, além desses dois critérios, deve considerar as condições econômicas do réu.[589] Com efeito, a pena de multa somente exerce as funções de prevenção geral e especial se for levada em conta a fortuna do ofensor. Assim, dois agentes que tenham causado danos igualmente graves e que sejam igualmente culpáveis deverão receber penas de multa diversas se houver diferença significativa na fortuna de ambos. Aquele de maior fortuna deverá receber multa de maior valor do que aquele de fortuna menor. É o que estabelece o art. 60 do Código Penal: "Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu." O § 1º do referido dispositivo acrescenta: "A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo."

---

[587] *Idem.*
[588] *Ibidem*, p. 321.
[589] *Ibidem*, p. 323. Observa o mestre italiano que: "Existem dois tipos de pena que parecem pela sua natureza contrários ao princípio da proporcionalidade e da igualdade das penas: a prisão perpétua e as *penas pecuniárias*. Como veremos logo abaixo, ambas as formas de pena carecem de justificativa externa por motivos bem distintos: uma porque é desumana e não graduável eqüitativamente pelo juiz, *a outra porque resulta em todo caso desproporcional por inexistir qualquer proibição penal informada pelo princípio de economia ou de necessidade.* Mas ambas furtam-se ademais ao princípio igualitário da proporcionalidade: a prisão perpétua,

Reveladora da natureza especial da pena de natureza pecuniária, que possibilita tratamento jurídico diferenciado para esta espécie de sanção, é a circunstância de o legislador ter optado, por razões de técnica legislativa, pela não indicação, na Parte Especial do Código Penal, da quantidade de multa cabível em relação a cada crime. Em lugar da especificação dos limites mínimo e máximo de multa em relação a cada delito, o Código Penal, em um único artigo, constante da Parte Geral, estabeleceu esses limites, aplicáveis indistintamente a todos os tipos que prevejam a cominação de multa.[590] Essa igualação abstrata da pena de multa permite, em tese, que um crime de menor gravidade receba multa superior a de um crime de maior gravidade.

O autor de um crime como o de furto simples (art. 155 do CPC),[591] para o qual são cominadas as penas de reclusão, de um a quatro anos, e multa, poderia receber pena de multa de valor superior ao do autor de um crime de roubo com resultado morte (art. 157, § 3º, do CPC),[592] para o qual são cominadas as penas de reclusão de vinte a trinta anos e multa. Estivesse a extensão da pena de multa limitada pelo princípio da legalidade penal, essa discrepância deveria ser considerada ofensiva ao referido princípio. Mas não está, justamente pela natureza especial dessa forma de sanção, cuja medida está associada, dentre outros fatores, à fortuna do réu. Observe-se que seria impensável a adoção de técnica semelhante para as penas privativas de liberdade. Ninguém ousaria defender, por exemplo, a possibilidade de a lei estabelecer, em um artigo geral, que todas as penas de reclusão variariam de seis

---

porque tem uma duração mais longa para os condenados jovens do que para os velhos: *as multas, porque seu grau aflitivo depende da riqueza do réu.*" (grifos não constantes do original).

[590] "Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa."
§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.
§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

[591] "Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."

[592] "Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:
(...)
§ 3º - Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa."

meses a trinta anos, levando em consideração a gravidade do delito e a culpabilidade do agente.

O que se percebe é que a sanção pecuniária, pela sua essência, ajusta-se menos facilmente aos domínios do Direito Penal que a outros domínios. Ferrajoli propugna, mesmo, pela abolição da pena pecuniária, por considerá-la, entre outras coisas, "desproporcional em qualquer delito, ao estar abaixo do limite mínimo que justifica a imposição da pena", contribuindo apenas para a inflação do Direito Penal e a conseqüente diminuição da sua importância. Pondera que duas são as possibilidades a considerar: "(...) ou a pena pecuniária é suficiente, e então dá no mesmo transformá-la numa sanção administrativa e descriminalizar o delito para o qual foi prevista; ou bem estima-se insuficiente, e então deverá ser substituída por outro tipo de pena, mais severa." A idéia de abolição da pena pecuniária é indicativa da diferença intrínseca entre essa e as demais espécies de sanção.

Boris Starck, em sua clássica obra sobre as funções de garantia e pena privada da responsabilidade civil, já sustentava que o princípio da legalidade não é aplicável às sanções pecuniárias estabelecidas na esfera civil. Tratando das diferenças entre o Direito Civil e o Direito Penal no terreno das sanções, o autor observou:

> (...) Elas justificam em especial a aplicação em Direito Penal do princípio *Nullum crimen, nulla poena sine lege* e da regra de interpretação restritiva. Trata-se de princípios protetores da liberdade individual sem os quais não se concebe uma sociedade, pelo menos no sentido democrático da expressão. Mas é evidente que a necessidade dessa proteção se faz sentir apenas em relação aos atos provenientes dos poderes públicos capazes de causar graves ofensas à pessoa humana. Ora, só as sanções penais propriamente ditas apresentam a característica aflitiva ou infamante do tipo que poderia comprometer a liberdade individual se não estivessem elas contidas dentro dos limites de ferro das máximas que aqui comentamos. É por isso que, mesmo reconhecendo o caráter penal de certas condenações civis, não acreditamos que o princípio *nulla poena sine lege* lhes seja aplicável. A nota de infâmia, de desonra não se liga às condenações puramente civis, mesmo muito rigorosas, e a interpretação extensiva

> dada a certos textos de caráter incontestavelmente penal não parece ter criado o sentimento de insegurança que alguns receiam.[593]

Júlio Manuel Vieira Gomes expressa raciocínio semelhante, entendendo que a indenização punitiva não se encontra no âmbito de incidência do princípio da legalidade:

> A importância deste princípio não pode, na realidade, ser subestimada; contudo, convém ter presente que o mesmo foi desenvolvido em sede de Direito Penal, tendo em vista a aplicação de sanções propriamente penais, isto é, de sanções particularmente graves, como sejam a pena privativa de liberdade e, ainda hoje em muitos ordenamentos, as penas corporais e a pena de morte. É, no mínimo, questionável que este princípio deva valer intocado, quando apenas está em jogo a aplicação de uma pena pecuniária: assim, há autores que consideram que tal princípio e as especiais exigências de prova que visam proteger o argüido só se compreendem quando a liberdade ou a integridade física do argüido estão em jogo.[594]

6.12.7.2. A preponderância do princípio da dignidade humana.

Não fossem essas diferenças intrínsecas da sanção pecuniária em relação às demais sanções de natureza penal, a indenização punitiva ainda assim seria justificável como instrumento necessário à defesa dos direitos da personalidade. Como já se expôs, há situações nas quais os direitos da personalidade não têm como ser efetivamente protegidos se não através da imposição de uma soma em dinheiro que constitua fator de coerção sobre o causador do dano e de terceiros. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que o ofensor obtém lucro com a atividade lesiva ou em que o responsável deixa de investir em mecanismos de controle e prevenção, em razão dos custo destes. É o que se dá, também, nos casos em que, a despeito de qualquer proveito econômico, o agente demonstre que a compensação ou reparação do dano constitui um preço que ele se encontra disposto a pagar pela prática do ato

---

[593] STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, p. 383.
[594] GOMES, J. M. V. *Op. cit.*, p. 750.

lesivo. Presentes situações fáticas desse tipo, a indenização punitiva, diferentemente da indenização meramente compensatória, revela-se um meio de proteção eficaz dos direitos da personalidade.

Assim, sempre que presentes situações como as antes mencionadas, na ponderação entre o princípio substancial do art. 1º, inciso III, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e o princípio consagrado no art. 5º, inciso XXXIX, que estabelece a garantia instrumental de que não deve haver pena sem prévia cominação legal, a balança pesaria francamente a favor do primeiro.

Entre o princípio da dignidade humana e o princípio da anterioridade da pena haveria, na expressão de Robert Alexy, uma "relação de precedência condicionada", na qual as situações de fato antes mencionadas constituiriam "condições de precedência" do princípio da dignidade em relação ao princípio da anterioridade.[595] Com efeito, sopesando os interesses contrapostos em jogo, não é difícil estabelecer qual deles deve preponderar. De um lado, tem-se o interesse em prevenir comportamentos lesivos a direitos da personalidade, dissuadindo o lesante e terceiros, de outro lado, o interesse em não surpreender o lesante com a imposição de uma pena pecuniária não prevista previamente em lei.[596] A aplicação da indenização punitiva atenderia, sem dúvida, a um interesse sensivelmente mais relevante,[597] afastando o

---

[595] *A relação de precedência* é aquela que envolve dois princípios colidentes em um caso concreto. As *condições de precedência*, por sua vez, são constituída pelas circunstâncias concretas que determinam a preponderância de um princípio sobre o outro. Sobre a conexão de relações de precedência condicionada e regras, Alexy formula a seguinte "*lei de colisão*": "As condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o pressuposto de fato de uma regra que expressa a conseqüência jurídica do princípio precedente." No original: "*Las condiciones bajo las cuales un principio precede outro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.*" (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 94).

[596] Apenas a título de argumentação admite-se que a indenização punitiva poderia surpreender o lesante. Como observado anteriormente, a indenização em dinheiro constitui resposta ou conseqüência jurídica natural a um dano. E, em se tratando de dano moral, o valor da indenização, mesmo que se lhe buscasse atribuir finalidade meramente compensatória do dano, seria sempre imponderável, porque relacionado com bens não estimáveis em pecúnia.

[597] Atendendo, assim, a "*lei da ponderação*", formulada por Robert Alexy nos seguintes termos: "Quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro." No original: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro." (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 161).

princípio da anterioridade apenas nos casos que ensejassem a imposição daquela forma de indenização para proteção de direitos da personalidade.[598]

Ressalte-se que não se está a admitir que a indenização punitiva colida com o princípio da anterioridade da lei penal. Reitera-se aqui o entendimento, já manifestado, de que *o princípio da anterioridade não se dirige às sanções pecuniárias estabelecidas fora do âmbito penal*. A idéia de colisão de princípios é aqui suscitada apenas como hipótese de trabalho, para demonstrar que, mesmo que houvesse colisão, os interesses que se pretende preservar com a indenização punitiva preponderariam em relação a um suposto interesse em impedir a imposição de uma sanção pecuniária não estabelecida previamente em lei.

### 6.12.8. O princípio *ne bis in idem*

Sustenta-se ainda que, à medida que muitos ilícitos civis constituem também ilícitos penais, a indenização punitiva poderia sujeitar o agente a uma dupla punição pelo mesmo fato, na esfera criminal e na esfera civil.[599]

A sanção pecuniária, como se mostrou no item anterior, não compartilha das mesmas restrições que recaem sobre as outras sanções. Pode, por essa razão, não apenas ser fixada em processo que não seja de natureza penal, como também pode ser imposta por autoridade administrativa, ainda quando pena de outra natureza tenha sido estabelecida em processo criminal. A mesma conduta, por exemplo, de dirigir veículo automotor sem a devida

---

[598] O princípio da anterioridade permaneceria aplicável nos casos de sanções pecuniárias impostas no âmbito propriamente penal e em casos de sanções de outra natureza (restritivas de direito e privativas de liberdade).

[599] O argumento, comumente levantado na literatura jurídica acerca dos *punitive* ou *exemplary damages*, é lembrado por Júlio Manuel Vieira GOMES (*op. cit.*, p. 743). É também sustentado por Maria Celina Bodin de Moraes, segundo a qual: "Abre-se, com o caráter punitivo, não apenas uma brecha, mas uma verdadeira fenda num sistema que sempre buscou oferecer todas as garantias contra o injustificável *bis in eadem*. O ofensor, neste caso, estaria sendo punido duplamente, tanto em sede civil como em sede penal, considerando-se, ainda, de relevo o fato de que as sanções pecuniárias cíveis têm potencial para exceder, em muito, as correspondentes do juízo criminal." (MORAES, M. C. B. de. *Op. cit.*, p. 260).

habilitação, causando perigo de dano, pode ser configuradora, ao mesmo tempo, de crime[600] e de infração de trânsito,[601] ficando sujeita à imposição de multa criminal e administrativa.

A respeito, traga-se, mais uma vez, o ensino de Ferrajoli:

> (...) É o legislador quem deve decidir se o fato por ele proibido deve ter caráter administrativo ou penal, ou talvez ambos os caracteres, e estabelecer sobre esta base a conseguinte sanção: uma sanção pecuniária mais ou menos elevada, quando se entenda que o fato não lesiona bens ou direitos fundamentais e, por conseguinte, pode ser qualificado como ilícito administrativo de competência da autoridade administrativa; uma pena restritiva da liberdade pessoal, quando, ao contrário, seja considerado lesivo a bens de fundamental interesse individual ou coletivo e seja qualificado como delito, de competência da autoridade judiciária. E nada impede que seja considerado lesivo de vários bens, fundamentais e não fundamentais, e, por conseguinte, merecedor tanto de uma pena quanto de uma sanção administrativa."[602]

De todo modo, ressalvada sempre a possibilidade de cumulação da indenização punitiva com sanções penais de natureza não-pecuniária, afigura-se razoável a interpretação que se fizesse no sentido de abater da indenização punitiva o montante que o autor do dano tenha pago a título de multa em processo criminal.[603]

---

[600] Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97): "Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa."

[601] Código de Trânsito Brasileiro: "Art. 162. Dirigir veículo: I - sem possuir Carteira Nacional de Habilitação ou Permissão para Dirigir: Infração – gravíssima; Penalidade – multa (três vezes) e apreensão do veículo"

[602] FERRAJOLI, L. *Op. cit.*, p. 335.

[603] A exemplo de algumas cortes americanas, que permitem ao réu de uma ação de indenização comprovar o pagamento de multa penal para mitigar os *punitive damages*. Ver, a respeito, SCHLUETER, L.; REDDEN, K. R. *Op. cit.*, vol. 1, p. 28.

### 6.12.9. O princípio da personalidade (intranscedência) da pena

Trata-se de princípio penal historicamente elaborado para impedir que as penas corporais ou aflitivas pudessem ser estendidas à família do ofensor, como era comum até o medievo. A Constituição Federal consagrou o princípio no art. 5º, inciso XLV.[604]

Em que pesem os entendimentos doutrinários em contrário, não se justifica tal proibição em relação à pena de multa, uma vez que os sucessores nunca responderão por encargos superiores às forças da herança deixada pelo ofensor falecido, conforme estabelecido pelo art. 1.792 do Código Civil.[605]

Além disso, a pena não perde inteiramente a sua finalidade com a morte do ofensor. Deixa, é certo, de desempenhar a função de prevenção especial, subsistindo, no entanto, a função de prevenção geral.

### 6.12.10. Outras objeções

Além dos argumentos antes expostos, outros podem ser encontrados aqui e ali na doutrina e em textos que abordam o tema da indenização punitiva.

Assim, por exemplo, argumenta-se que a aplicação da indenização punitiva é arbitrária e que os respectivos montantes indenizatórios são imprevisíveis.[606] Na jurisprudência brasileira, o que se verifica, na verdade, é a falta de coerência de muitos julgados, que, embora aludam às funções punitiva, preventiva, pedagógica e exemplar da indenização, fixam

---

[604] "XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido".

[605] "Art. 1.792. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demostrando o valor dos bens herdados."

[606] Maria Celina, dentre outras críticas formuladas contra a indenização punitiva, aponta o aumento da insegurança e da imprevisibilidade das decisões judiciais. Argumenta com a falta de critérios que balizem a função punitiva, que "corre solta", dependendo "apenas da maior ou menor sensibilidade de cada magistrado", a maioria dos quais "não separa a compensação da punição" (MORAES, M. C. B. de. *Op. cit.*, p. 328).

montantes que se revelam francamente insuficientes para desempenhar esses objetivos. Há, em um grande número de decisões, uma dissintonia entre o discurso e a prática. Impõe-se, conseqüentemente, a construção (doutrinária, judicial ou legislativa) de critérios suficientemente claros e definidos que auxiliem os julgadores a identificar os casos que dão ensejo à imposição de indenização punitiva e os ajudem a fixar os respectivos montantes indenizatórios.

De outro lado, a imponderabilidade em relação ao montante da indenização punitiva, antes que um defeito, constitui talvez sua principal qualidade. É a imprevisibilidade do *quantum* indenizatório que impede que possíveis ofensores pautem suas condutas por uma racionalidade estritamente econômica, transformando a indenização em um preço que estariam dispostos a pagar para praticar o ato ilícito ou para não modificar um padrão de conduta que coloca em risco direitos de terceiros.

Fala-se, ainda, que o caráter punitivo da indenização geraria uma "mercantilização das relações existenciais".[607] Assemelha-se essa objeção, *mutatis mutandis*, à que era apresentada pelos adeptos das teorias negativistas, que viam na reparabilidade do dano moral algo de repugnante e chocante. Repudiava-se, então, a fixação de uma indenização que era estabelecida com a finalidade de compensação ou satisfação para a vítima, porque esse montante era visto como um preço atribuído à dor (*pretium doloris*). Via-se a reparabilidade do dano moral pelo seu ângulo menos favorável, desprezando toda a sua utilidade jurídica e social.

Com o argumento de que o caráter punitivo da indenização do dano moral constitui uma forma de mercantilização das relações existenciais e incentivaria a malícia de alguns, repele-se uma sanção que, em situações excepcionalmente graves, se propõe a proteger de forma mais eficaz a dignidade humana e os direitos da personalidade. Também neste caso,

---

[607] MORAES, M. C. B. de. *Op. cit.*, p. 261 e 328.

procura-se ver um instituto pelo seu ângulo menos favorável, desprezando o tanto de positivo que ele pode apresentar.

Outro argumento é o de que a indenização punitiva introduz o elemento culpa, que é afastado nos casos de responsabilidade objetiva. Quanto a isso, já se observou que a indenização punitiva não modifica o fundamento da responsabilidade do agente. Nos casos em que este responde pelo risco de sua atividade, sua responsabilidade era e continua a ser objetiva. A prova da culpa se faz necessária apenas para a imposição da indenização punitiva, não para fixação da indenização compensatória ou para a reparação dos danos materiais.

## 6.13. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

A fixação do valor da indenização punitiva, apesar da carga de subjetividade que lhe é inerente, não deve ser uma atividade arbitrária. A motivação das decisões judiciais, que no Direito brasileiro constitui princípio constitucional,[608] é fundamental para garantir à parte interessada a revisão da decisão, impugnando, refutando e debatendo as razões e os critérios utilizados. É a fundamentação do julgado que possibilita o controle da sua racionalidade.

Por razões não apenas de conveniência, mas de necessidade, a operação realizada para a fixação do *quantum* correspondente à indenização punitiva deve ser feita separadamente da realizada para a apuração do valor referente à indenização compensatória do mesmo dano. Essa separação é importante para garantir verdadeira transparência e efetivo controle sobre a adequação dos critérios utilizados e sobre a justeza da valoração efetuada pelo julgador. Possibilita-se a verificação do peso atribuído à compensação do dano e o conferido à reprovabilidade da conduta, permitindo, com isso, o exame da proporcionalidade da parcela

[608] Estabelece o art. 93, IX, da Constituição Federal: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes". Em sede

punitiva em relação à parcela compensatória e até em relação à indenização do dano material eventualmente existente.

Além disso, tendo o responsável contrato de seguro, a separação das parcelas possibilitaria excluir da indenização securitária o montante referente à indenização punitiva. Com efeito, o art. 781 do Código Civil[609] limita a indenização securitária ao "valor do interesse segurado", o que vale dizer que o segurado não deverá receber mais do que o necessário para reparar ou (em se tratando de dano moral) compensar o dano. A indenização punitiva, porque não se presta a reparar ou compensar o dano, não estaria, a princípio, abrangida pela cobertura securitária.

Observe-se que nenhum obstáculo jurídico há na separação dos montantes indenizatórios. Ao contrário, a exigência de, a um só tempo, buscar a compensação e a punição do ofensor pela lesão causada à vítima recomenda (mais do que isso, impõe) a partição desses valores.[610] No final das contas, em termos práticos pouco importa a discussão sobre se a indenização punitiva constituiria uma sanção jurídica destacada da indenização compensatória ou se ambas constituiriam funções diferentes exercitadas pela única indenização, já que, em razão da fungibilidade da sanção pecuniária, as duas parcelas (as destinadas à punição e à compensação) serão necessariamente somadas para a consolidação do valor correspondente à indenização do dano moral.

---

infraconstitucional, o Código de Processo Civil, no art. 458, II, aponta, dentre os requisitos essenciais que a sentença deve conter: "os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito".

[609] Dispõe o art. 781 do Código Civil: "A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador." O revogado Código Civil dispunha, de forma similar, no art. 1.437, primeira parte: "Não se pode segurar uma coisa por mais do que valha, nem pelo seu todo mais de uma vez."

[610] Embora não compartilhe da tese punitiva aqui defendida, Maria Celina Bodin de Moraes parece concordar que, em caso de estabelecimento de sanção pecuniária com tal finalidade, o valor deve ser destacado daquele que tem propósito compensatório. Observa a autora que a indenização com função punitiva, tal como aplicada pela jurisprudência brasileira atual, é carente de critérios e dependente da sensibilidade dos juízes, que, em sua maioria, não separam a compensação da punição. Pondera, no entanto, que: "não parece razoável que alguém seja punido, através de sanção pecuniária, sem que tenha como saber o valor da penalidade infligida. Para que a sanção fosse expressiva e pudesse atingir qualquer uma das tantas funções que lhe são atribuídas, tais como a de prevenção, de exemplo ou de desestímulo, seria mais do que desejável que a parcela respectiva fosse adequadamente destacada." (MORAES, M. C. B. de. *Op. cit.*, p. 328-329).

O estabelecimento do montante a ser pago, à falta de critérios objetivos, depende da prudente discrição do juiz, a qual não é sinônimo de arbítrio. Ao magistrado cabe, para se desincumbir de seu mister, utilizar "a balança da mente e o metro do espírito".[611] Descarta-se, porém, desde logo, a simples menção a um critério de razoabilidade como justificativa para a fixação do *quantum* indenizatório.[612] Ao julgador cabe, com a objetividade possível, justificar o valor estabelecido, destacando as circunstâncias de fato relevantes para a estimativa da indenização.

Não se deve perder de vista que, na fixação da indenização punitiva, não se procura compensar o lesado pelo dano sofrido. É inapropriada, pois, a introdução da finalidade compensatória como critério para a fixação do montante da indenização de caráter punitivo. Aquela finalidade é perseguida pela tradicional indenização compensatória. Em todos os passos da operação realizada para a fixação do montante da indenização punitiva impõe-se ter sempre em mente as finalidades que a conduzem: *punir* a conduta lesiva e *prevenir* novos ilícitos. Conseqüentemente, na estimativa dessa espécie de sanção somente cabe levar em conta fatores que, de algum modo, possam contribuir para a consecução desses objetivos.[613] Considerações outras ligadas exclusivamente à compensação da vítima do dano moral devem ser afastadas, sob pena de se estar contaminando o processo de quantificação da indenização punitiva com critérios a ela estranhos e que poderiam redundar em um ilegítimo *bis in idem*.

---

[611] GONZÁLEZ, M. Z. de. *El concepto de daño moral*, *apud* PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño Moral*, p. 79.

[612] Com razão, Maria Celina, quando observa que a invocação a um princípio da razoabilidade, que seria uma outra forma de se referir à expressão "bom senso", não constitui fundamento suficiente para a quantificação da indenização do dano moral (MORAES, M. C. B. de. *Op. cit.*, p. 190).

[613] Conforme observado em relatório elaborado pela Law Reform Commission da Irlanda: "Uma clara definição do propósito dos *exemplary damages* pode restringir o seu *quantum*. Se está claro que o propósito dos *exemplary damages* consiste exclusivamente em punir de forma efetiva o ofensor e dissuadir o ofensor e outras pessoas de praticarem condutas similares no futuro, então o *quantum* de indenização não deve exceder o montante necessário para alcançar esse objetivo em todas as circunstâncias do caso." (Law Reform Commission of Ireland. *Report on aggravated, exemplary and restitutionary damages* – Disponível em: <http://www.lawreform.ie/publications/data/lrc107/lrc_107.html> Acesso em: 7 jun. 2003). No original: "*A clear definition of the purpose of exemplary damages may restrain their quantum. If it is clear that the purpose of exemplary damages should be confined to punishing a defendant effectively and deterring the defendant and others from engaging in similar conduct in the future, then the quantum of damages must not exceed the amount necessary to do this in all the circumstances of the case.*"

Na determinação da indenização, dentre outras possíveis circunstâncias, apresentam relevância, conforme o caso, o grau da culpa ou a intensidade do dolo do agente, a extensão ou gravidade do dano, a situação econômica do ofensor, o lucro (atual e futuro, comprovado e presumido) auferido com o ato ilícito pelo agente.

O *grau de culpa* e a *intensidade do dolo* constituem fatores fundamentais para a determinação do *quantum* indenizatório: uma conduta dolosa deverá ser mais gravemente sancionada que uma culposa de igual repercussão; de duas condutas dolosas, será merecedora de sanção mais grave aquela cuja motivação seja mais reprovável; o ato lesivo praticado de forma premeditada deve ser repreendido mais duramente do que o ilícito que, embora doloso, não tenha decorrido de deliberação prévia; entre duas condutas lesivas não dolosas, a punição deverá ser exacerbada para aquela em que a culpa se mostrar mais grave; a culpa consciente deve, a princípio, ser mais severamente repreendida que a culpa inconsciente.

Mas os fatores subjetivos, por si sós, não são suficientes para permitir uma adequada estimativa da indenização punitiva. Aqueles fatores devem estar conectados com elementos objetivos do evento lesivo, dentre os quais a *espécie de interesse jurídico violado* e *a extensão e a intensidade do dano*. Com efeito, não é possível desvincular a reprovabilidade da conduta da gravidade da lesão. Sem essa conexão a responsabilidade civil estaria desempenhando um papel que é próprio da moral, não do Direito. Aquela (a moral) preocupa-se com as boas ou más intenções do homem, este (o Direito), sem desconsiderar a motivação humana, ocupa-se das ações e das conseqüências por estas geradas. Não se pode, pois, conceber sanção jurídica se não em referência a um determinado ato e suas conseqüências. Assim, o dano, com toda a sua dimensão, constitui fator essencial para a fixação tanto da indenização punitiva como da indenização compensatória.

Em circunstâncias particulares, uma conduta ilícita resultante de culpa pode ser merecedora de mais dura repreensão que outra praticada com dolo intenso, dependendo dos

interesses jurídicos atingidos em cada caso e de outras circunstâncias concretas. Assim, por exemplo, ordinariamente uma lesão à *vida* decorrente de grave negligência ensejará sanção pecuniária mais elevada que uma lesão à *intimidade* causada dolosamente, uma vez que o primeiro dano, por atingir interesse ou atributo mais encarecido, é, por isso mesmo, tido como mais reprovável.

Contudo, em se tratando de indenização punitiva, a maior gravidade do dano nem sempre corresponderá a uma sanção mais grave. As circunstâncias concretas podem fazer pender a balança para outros fatores, de natureza objetiva ou subjetiva – tais como a *fortuna do ofensor* e o *lucro por este obtido com o dano* –, que recomendem a fixação de indenização de valor mais elevado para um dano moral em que seja atingido interesse jurídico ou atributo de relativamente menor grandeza ou hierarquia.

Assim, na fixação da indenização punitiva, a gravidade do dano é considerada somente como *um dos elementos que compõem a medida da reprovabilidade do agente,* ao contrário do que ocorre na indenização compensatória, em que a gravidade do dano constitui a *medida em si da indenização*.

A *situação socioeconômica da vítima* não deve ser considerada na fixação do montante da indenização punitiva. A uma, porque, a princípio, não contribui para o alcance dos efeitos punitivo e preventivo da indenização. Ao contrário, do ponto de vista estritamente racional, a consideração acerca da situação econômica da vítima culmina por reduzir a eficácia punitiva/preventiva da sanção em relação às vítimas de menor poder econômico, que, em comparação com as de maior poder econômico, ficam mais sujeitas a ataques a seus interesses não patrimoniais. A duas, porque constituiria critério discriminatório, à medida que conferiria valor maior aos atributos personalíssimos ou interesses imateriais das vítimas de maior poder aquisitivo, mais abastadas ou pertencentes a classes econômicas mais

favorecidas, em detrimento de outras economicamente mais modestas.[614] Violado estaria o princípio constitucional da igualdade.[615]

É esse o entendimento de Grandinetti: “(...) ao atentar-se para as condições econômicas das partes envolvidas e sua condição social, pode-se estar infringindo o princípio da igualdade de todos perante a lei. A injúria irrogada contra uma pessoa abastada e contra outra de poucas posses macula do mesmo modo a honra de ambos. Por que a honra do abastado vale mais do que a honra do pobre?”[616] Não discrepa o ensino de Maria Celina, para quem, na estimativa da indenização por dano moral: “(...) ficam desde logo excluídos quaisquer critérios que tenham como parâmetro as condições econômicas ou o nível social da vítima, não se coadunando com a noção de dignidade, extrapatrimonial na sua essência, quaisquer fatores patrimoniais para o juízo da reparação.”[617]

---

[614] Justa, a esse respeito, a ponderação de Sergio Bermudes: “Dir-se-á que o homem rude e humilde sofre menos do que o homem preparado, posto em lugar de destaque na escala social. Nada disso. Aliás, ocorre exatamente o inverso, se se pensar que o homem instruído tem, pela compreensão da vida, melhores condições de aparar-lhe os golpes, sofrendo-os com maior resignação. A regra suprema da igualdade consiste, na fórmula explicitada por Ruy Barbosa, em quinhoar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam. Se os homens, por sua natureza, não se distanciam uns dos outros no sentimento, não se entendem as decisões judiciais que estabelecem entre eles injustificável distância, na hora de reparar os danos morais.” (BERMUDES, Sergio. *Tá Danado*. Disponível em <http://www.no.com.br> Acesso em 6 nov. 2003).

[615] Cabe observar que a exclusão da situação econômica da vítima como critério para a fixação da indenização do dano moral é mais facilmente explicável em relação à indenização punitiva do que em relação à indenização compensatória, uma vez que esta última, pela sua própria natureza, não deveria superar aquilo que fosse necessário para compensar o dano. Nessa perspectiva, uma vítima economicamente carente, pelo menos em alguns casos, encontraria satisfação ou consolo com uma quantia indenizatória menor do que a que serviria para desempenhar essa função em relação a uma outra pessoa abastada ou provida de bens materiais. A desconsideração da situação econômica da vítima em relação à indenização compensatória não se dá sem o recurso a uma ficção jurídica, qual seja, o de que, havendo danos de igual natureza, extensão e intensidade, a mesma soma irá compensar igualmente pessoas que se encontram em extratos socioeconômicos distintos. O princípio constitucional da isonomia, invocado para impedir essa distinção entre as vítimas que apresentem distinta situação econômica, ao introduzir um elemento de moralidade à operação de quantificação da indenização, deixa uma considerável fissura na tese compensatória da indenização do dano moral.

[616] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro, p. 246.

[617] MORAES, M. C. B. de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 306. Na mesma linha, Anderson Schreiber: “A imprópria invocação do princípio do enriquecimento sem causa na fase de cálculo do dano tem levado os tribunais a estipular, em lesões semelhantes, indenizações menores para pessoas economicamente menos favorecidas. É grave a violação que daí resulta ao princípio da isonomia, consagrado no art. 5º da Constituição de 1988. A repercussão de uma certa lesão à personalidade de uma pessoa não pode ser considerada menor, por ser mais reduzida a sua capacidade econômica. O arbitramento do dano moral deve corresponder, sim, às suas condições pessoais e às reais conseqüências do dano sobre a sua personalidade, mas nunca às suas condições patrimoniais.” (SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *In*: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, nº 20, jan./jul. 2002, p. 25)

Por outro lado, as *condições pessoais da vítima*, não ligadas diretamente à sua situação socioeconômica, podem e devem ser consideradas, para uma equânime estimativa da indenização.[618] A conduta lesiva pode ser mais reprovável em razão de alguma particularidade que envolva a pessoa da vítima, tal como a deficiência física ou mental.[619]

Com tal perspectiva, a situação socioeconômica da vítima pode vir a constituir critério legítimo para a fixação da indenização punitiva quando estiver relacionada com a reprovabilidade da conduta do agente. É o que se dá, por exemplo, quando o agente se aproveita da fragilidade econômica da vítima ou da posição social desta para a prática do ato lesivo. Em tal hipótese, a situação socioeconômica da vítima, como outras condições pessoais, constitui fator racional que pode e deve ser considerado para a fixação do *quantum* indenizatório, sem ferimento ao princípio da isonomia.

A *profissão ou ocupação da vítima* é outra circunstância pessoal que pode apresentar relevância. É o caso, por exemplo, dos artistas em geral. A difamação veiculada pela imprensa pode adquirir enorme proporção pelo fato de ser a vítima integrante do meio artístico. A conduta do ofensor torna-se mais reprovável à medida que atinge artista famoso, que depende

[618] Segundo Luis Gustavo Grandinetti a aferição da intensidade da lesão deve: "levar em conta circunstâncias pessoais da vítima, mas objetivamente consideradas." (CARVALHO, L. G. G. C. de. *Op. cit.*, p. 248). De igual teor é o parecer de Maria Celina Bodin de Moraes: "as condições pessoais da vítima, desde que se revelem aspectos de seu patrimônio moral, deverão ser *cuidadosamente* sopesadas, para que a reparação possa alcançar, sob a égide do princípio da isonomia substancial, a singularidade de quem sofreu o dano." (MORAES, M. C. B. de. *Op. cit.*, p. 306).

[619] Em 1992, no Estado da Florida, Kimberly Godwin, então uma jovem de 20 anos, com profundo retardamento mental, foi vítima de abusos físicos e sexuais quando se encontrava internada em entidade de assistência a menores fiscalizada pelo Estado. Kimberly tinha pequena estatura e desenvolvimento mental semelhante ao de uma criança de um ano e meio. Comunicava-se por sinais, não tinha controle de suas necessidades fisiológicas e comia com as mãos, pois nunca conseguira aprender a se alimentar com utensílios de mesa. A despeito de sua condição, foi estuprada e engravidada pelo filho de dezesseis anos de um empregado da entidade. Em razão de seu precário estado de saúde, Kimberly foi submetida a procedimento para interrupção da gravidez. Um júri do Condado de St. Lucy estabeleceu uma indenização de 8 milhões de dólares em favor da vítima – 5 milhões para custeio vitalício de seu tratamento e 3 milhões por danos sofridos. Em razão de restrições impostas pela legislação da Flórida às indenizações superiores a 100.000 dólares impostas contra agências governamentais, houve necessidade de autorização legislativa, que se deu pela expressiva votação de 144 votos a 6. Embora pudesse vetá-lo, o Governador da Flórida, considerando, entre outras circunstâncias, a especial condição da vítima, sancionou o ato legislativo, autorizando o pagamento da indenização. Para mais detalhes sobre o caso, ver matéria publicada no jornal *Miami Herald* de 31.5.2002, sob o título *Bush weighs 'heartbreaking' case of abused, retarded girl.* Disponível em <http://www.miami.com/mld/miamiherald/news/state/3369113.htm> Acesso em 25 set. 2003. Em português, ver ESPAÇO VITAL. *Indenização milionária para deficiente mental*

profissionalmente de sua imagem e pode ver sua carreira sensivelmente prejudicada pela associação feita pelo público entre o artista e a falsa imputação.[620]

É o caso, também, dos políticos, que podem ver sua trajetória pública prejudicada ou até irremediavelmente destruída por notícias ou matérias jornalísticas difamatórias, que, por mais desmentidas que venham a ser, comprometem gravemente a credibilidade do difamado perante os eleitores.[621]

Situação semelhante se dá com os profissionais liberais, que dependem essencialmente de sua reputação para alcançar êxito profissional. Uma única notícia falsa de imperícia no exercício da profissão pode prejudicar inteiramente a carreira de um médico.

A *condição econômica do ofensor*, diferentemente do que se dá em relação à vítima, é fator que, em linha de princípio, deve ser levado em consideração, porque relacionado diretamente com a função retributivo-dissuasória da indenização punitiva. Esta somente

---

*violentada: US$8 milhões.* Disponível em <http://www.espacovital.com.br/asmaisnovas06062002.htm#not08> Acesso em 25 set. 2003.

[620] Marcante foi o episódio envolvendo a atriz Glória Pires, seu marido (o cantor Orlando Moraes) e sua filha Cleo (enteada de Orlando). No ano de 1998, ganhou o noticiário boato infamante de que o marido e a filha de Gloria teriam um caso amoroso e que ambos teriam sido flagrados pela atriz. Chegou a ser publicado que a atriz teria tentado o suicídio em razão dessa descoberta. Durante meses o maldoso boato ganhou espaço na mídia, que, muitas vezes, tratou do assunto com ironia e sensacionalismo. Os três envolvidos no boato passaram por intenso sofrimento e por vários constrangimentos (ver ROSA, Mário. *A Era do Escândalo*, p. 231/279; na obra são reproduzidas cartas abertas redigidas por Glória Pires e por Orlando Moraes sobre o episódio e toda a sua repercussão). O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento de apelação (Ap. Cív. nº 5.233/2000, 15º C.C., Rel. Des. Nilton Mondego) de uma das ações ajuizadas pelas vítimas em face de jornalistas e empresas jornalísticas, reconheceu a responsabilidade do ofensor, condenando-o ao pagamento de indenização no valor correspondente a 1.200 (mil e duzentos) salários mínimos para cada um dos três autores. Na sua fundamentação, o acórdão observa que: "(...) é preciso que o Judiciário não despreze o caráter punitivo da indenização por dano moral."

[621] Bem ilustrativo desse tipo de situação é o caso do então Ministro e Deputado Federal Alceni Guerra, que, no ano de 1991, foi alvo de inúmeras reportagens que o apontavam como envolvido na compra, para agentes do Ministério da Saúde, de cerca de 23 mil bicicletas com preços superfaturados. O Ministro teve sua imagem abertamente associada à corrupção e chegou a ser alvo de charge que o retratava andando em uma bicicleta de dois lugares com o seu filho, que no desenho apareceu com os olhos encobertos por uma tarja preta, como se faz com fotos de menores infratores. O amplo noticiário, que, segundo computado pela própria vítima, somou mais de cem horas de gravação de reportagens sobre o escândalo na televisão e cerca de dez mil metros quadrados de notícias nos jornais, levou à demissão do Ministro 48 dias depois da publicação da primeira reportagem. O inquérito instaurado a partir das reportagens constatou não haver nenhum indício de crime ou qualquer tipo de irregularidade e foi arquivado pelo Supremo Tribunal Federal. Além das humilhações pessoais que sofreu, assim como membros de sua família, Alceni Guerra, sofreu dano irreparável em sua trajetória política. (sobre o caso, ver CONTI, Mario Sergio. *Notícias do Planalto: a imprensa e Fernando Collor*, p. 493/506; um relato detalhado dos fatos e de suas conseqüências danosas feito pelo próprio Alceni Guerra pode ser encontrado em ROSA, Mário. *A Era do Escândalo*, p. 393/424).

poderá desempenhar eficazmente seu papel de prevenir a prática de novos ilícitos se fixada em montante suficiente para afetar ou incomodar o lesante.

Outras *condições pessoais do ofensor* constituem elemento importante para a estimativa do montante da indenização. A princípio, o dano moral causado pelo pai, tutor, curador ao filho, tutelado ou curatelado é mais grave do que o causado por pessoa que não ostente tais condições pessoais. O dano causado por agente público ou autoridade, com abuso de função ou de cargo, é, ordinariamente, mais censurável do que o dano de igual natureza provocado por particular.

Uma das finalidades da indenização punitiva é a de impedir o lucro ilícito do ofensor, razão pela qual a estimativa deve considerar a grandeza desse proveito. Nem sempre, porém, constitui tarefa fácil quantificar o lucro obtido pelo agente com o ato ilícito. Em alguns casos a apuração, mesmo aproximada, desse benefício pode revelar-se praticamente inviável, entre outras razões pela impossibilidade em determinar a proporção do proveito que tenha sido resultado da intromissão na esfera jurídica alheia. Ao julgador caberá, se possível for, valer-se de presunções extraíveis de indícios ou dados externos que se prestem à comparação.

Há que considerar não apenas o lucro atual, mas também o futuro, pois em alguns casos é possível presumir que o ato ilícito venha a constituir fonte de proveito para o agente ao longo do tempo. A dificuldade está em comprovar o lucro futuro, porque dependente de presunção que pode não ser confiável. Aplicável aqui o critério da razoabilidade, para considerar apenas aquilo que o lesante razoavelmente lucraria com o ilícito.

Por outro lado, é cabível ter em conta não apenas o lucro direto, mas também o indireto, pois o ilícito, a par dos benefícios diretamente gerados para o agente, pode ter constituído ensejo ou oportunidade para a obtenção de outras vantagens. A dificuldade consiste em demonstrar a relação entre o lucro indireto e o ilícito praticado.

Tomando como exemplo o uso indevido de imagem ou a veiculação de notícia escandalosa, ofensiva à honra de alguém, seria razoável investigar, nas circunstâncias concretas, se houve aumento na vendagem da publicação em comparação com outras épocas. Caberia, ainda, demonstrar suficientemente que esse aumento de vendagem estaria relacionado com o ato ilícito em causa. Em caso de biografia não autorizada, com ofensa à honra do biografado, seria razoável levar em consideração a vendagem da obra.

O valor da indenização compensatória do dano moral, fixada em separado, pode atuar, em certos casos, como parâmetro interessante para o estabelecimento do *quantum* da indenização punitiva, embora um montante não tenha, necessariamente, que estar atrelado ao outro.

À falta de outros elementos de convicção, pode ser razoável, ainda, considerar como parâmetro (não como limite) da indenização punitiva o valor da indenização do dano material, embora estas importâncias não estejam necessariamente vinculadas.[622]

## 6.14. LIMITAÇÃO À INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Com freqüência aponta-se para a tarifação da indenização do dano moral como solução para o problema da imponderabilidade do seu *quantum* e do excesso no seu arbitramento. Alguns projetos legislativos chegaram a ser apresentados com a finalidade de estabelecer limites aos valores indenizatórios.[623]

---

[622] É o que se fez na antes citada sentença proferida na ação ajuizada pela Confederação Brasileira de Futebol em face da Brahma Chopp, onde se fixou o dano moral no mesmo valor dos lucros cessantes que a parte ré foi condenada a ressarcir.

[623] O Projeto de Lei nº 7.124 de 2002, apresentado pelo Senador Pedro Simon, como substitutivo ao Projeto nº 150, do Senador Antonio Carlos Valadares, prevê, entre outras coisas, graus de dano moral, indicando limites indenizatórios para cada um. Assim, para as ofensas de natureza *leve*, caberia indenização de até R$20.000,00; para as de natureza *média*, de R$20.000,00 a R$90.000,00; e para as de natureza *grave*, de R$90.000,00 a R$180.000,00. O referido Projeto indica critérios para a fixação do montante indenizatório, arrolando alguns de natureza claramente punitiva, como o grau de dolo ou a culpa do ofensor. Além disso, prevê a possibilidade de elevação do valor da indenização ao triplo, em caso de reincidência do lesante. Já o Projeto nº 6.358 de 2002, de autoria do Deputado José Carlos Coutinho, que cuida do dano moral em caso de extravio ou perda definitiva de

Todavia, com a consagração constitucional do direito à indenização do dano moral, toda e qualquer limitação infraconstitucional dos valores indenizatórios deve ser tida por inconstitucional, salvo se os montantes preestabelecidos forem tão altos que permitam atender à maior parte das situações de dano moral. Além disso, para os casos excepcionais, teria de haver regra que flexibilizasse os valores prefixados.

A fixação de limites rígidos não se mostra compatível com os princípios constitucionais, mormente quando os valores indicados na lei se mostram insuficientes como forma de compensação ou satisfação do dano moral. Não por outra razão, o Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido da não aplicação dos limites estabelecidos no art. 51 da Lei nº 5.250 de 1967[624] para o caso de dano moral decorrente de ofensa veiculada pela imprensa.[625]

Cabe indagar se a regra do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, que prevê a possibilidade de redução do *quantum* indenizatório se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, é aplicável à reparação do dano moral. Como esta espécie de

---

bagagem, prevê a fixação de indenização, por volume de bagagem, no montante correspondente: I - à decima parte do valor da passagem, por dia de atraso na entrega, até 10(dez) dias; II - a um terço do valor da passagem, por dia de atraso na entrega , do décimo-primeiro ao trigésimo dia; e III - ao décuplo do valor da passagem, por perda definitiva, deduzidos os valores já pagos, relativos aos itens anteriores. O Projeto nº 6.659 de 2002, elaborado pelo Deputado Darcísio Perondi, prevê indenização por dano decorrente de má prática médica limitada a 100 (cem) salários mínimos, ou, alternativamente, ao equivalente a 5 (cinco) vezes o valor pago pelo paciente. Mais recente é o Projeto nº 1.443 de 2003, do Deputado Pastor Reinaldo, que prevê que a indenização do dano moral será fixada em até duas vezes e meia os rendimentos do ofensor ao tempo do fato, desde que não exceda em dez vezes o valor dos rendimentos mensais do ofendido, que será considerado limite máximo; além disso, estabelece que, na ocorrência conjunta de dano material, o valor indenizatório do dano moral não poderá exceder a dez vezes o valor daquele apurado. A integra dos projetos de lei pode ser obtida nas seguintes fontes eletrônicas *online*: <http://www.senado.gov.br/web/secsdefa/principa.shtm> e <http://www.camara.gov.br>.

[624] "Art . 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV);

II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém;

III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

[625] STJ, RESP 326151/RJ – DJU de 18.11.2002 – 4ª Turma – Rel. Min Carlos Alberto Direito: "A Constituição de 1988 afastou, para a fixação do valor da reparação do dano moral, as regras referentes aos limites tarifados previstas pela Lei de Imprensa, sobretudo quando as instâncias ordinárias constataram soberana e categoricamente, como no caso, o caráter insidioso da matéria de que decorreu a ofensa." No mesmo sentido: STJ, AGA 427830/RJ, RESP 213188/SP, RESP 168945/SP, RESP 148212/RJ, RESP 196424/RS.

dano sempre atinge a dignidade humana em alguma de suas expressões, a redução da indenização representaria uma inadmissível forma de restrição ao princípio constitucional da dignidade. Assim, aquela regra deve ser tida como aplicável exclusivamente à indenização do dano material.

No que concerne especificamente à indenização punitiva, valem as mesmas ponderações. Como essa forma de sanção, na perspectiva aqui empregada, constitui sempre a resposta necessária a um dano moral, a rígida limitação ou tarifação da indenização punitiva configuraria enfraquecimento da tutela do princípio fundamental da dignidade humana e dos direitos da personalidade, principalmente nos casos em que o lesante obtivesse um ganho com o ato ilícito.

Seria aceitável, porém, o estabelecimento de regra que combinasse a previsão de limites indenizatórios suficientemente altos com a fixação de exceções que possibilitassem a flexibilização da regra, admitindo a elevação dos montantes indenizatórios quando demonstrado que o ofensor obteve ganhos financeiros superiores com o ato ilícito[626] ou que os valores preestabelecidos não seriam suficientes, no caso concreto, para exercer as funções de retribuição e dissuasão. Uma norma como essa, se bem elaborada, constituiria, na verdade, um reforço à finalidade dissuasória do instituto, uma vez que a indicação dos valores a que estariam sujeitos os ofensores exerceria considerável força intimidadora em relação à maioria das pessoas, enquanto que a cláusula de exceção constituiria um acréscimo de coerção em relação aos demais potenciais ofensores.

---

[626] A exemplo da legislação do Estado do Alaska (AS 09.17.020. Punitive Damages), que estabelece limites para os *punitive damages* correspondentes a três vezes o valor dos *compensatory damages* ou $500,000, exceto se demonstrado que a conduta ilícita foi motivada por ganho financeiro, quando, então, os *punitive damages* poderão chegar a quatro vezes os *compensatory damages* fixados nos processo, quatro vezes o ganho financeiro do lesante resultante do ato ilícito ou a soma de $7,000,000.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O princípio da dignidade humana, do qual decorrem as regras do *alterum non laedere* e do *suum cuique tribuere*, constitui o fundamento da reparabilidade do dano moral. Daquele princípio extrai-se que o homem é detentor de um conjunto aberto de direitos existenciais aos quais se pode denominar direitos da personalidade.

2. Esses direitos decorrem da própria condição humana, razão pela qual pertencem, em igual medida, a adultos e crianças, a pessoas mentalmente sãs e a portadoras de deficiência mental, a indivíduos conscientes e aos que se encontram em estado de inconsciência.

3. A dignidade humana tem várias dimensões, abrangendo não apenas o mínimo existencial, mas os demais atributos humanos, os quais se acham acima de todo preço.

4. Em conseqüência, o dano moral envolve diversos graus de violação da dignidade humana. Abrange as ofensas em geral ao bem-estar da pessoa, considerada esta em sua dimensão individual ou social.

5. O dano moral pode ser definido, em linhas gerais, como a ofensa a algum dos direitos da personalidade. Trata-se, na verdade, de um conceito permanentemente em construção, uma vez que os direitos personalíssimos constituem uma categoria aberta.

6. A dor, a tristeza ou quaisquer outros sentimentos negativos não são essenciais à configuração do dano moral. Tais impressões psíquicas constituem, o mais das vezes, a conseqüência da lesão a um direito da personalidade, ou seja, o resultado de um dano moral.

A associação do dano moral a algum detrimento anímico decorre da concepção usual de que o dano se identifica, sempre, com alguma alteração naturalística (ainda que no plano psicológico) provocada por um comportamento humano.

Contudo, essa associação é apropriada apenas para a identificação do *dano material* ou *patrimonial*, que, em sentido estrito, corresponde a um *estrago* ou *avaria*, a uma *diminuição* ou *perda*. Essa vinculação mostra-se inteiramente inadequada para explicar o dano moral.

7. A não identificação do dano moral com a "dor" é importante porque estende a legitimidade para pleitear indenização a pessoas que não são passíveis de detrimento anímico, como os portadores de certos tipos de deficiência mental, os que se encontram em estado vegetativo e as crianças de tenra idade.

8. Amplia-se, ainda, a legitimidade para englobar as pessoas jurídicas ou coletivas, que, embora despidas de direitos próprios da personalidade humana, tais como o direito à vida, à integridade corporal e psíquica e à saúde, são titulares de alguns direitos especiais de personalidade, ajustáveis às suas características particulares e aos seus interesses tuteláveis juridicamente.

9. Essa forma de conceituar o dano moral confere bases racionais para a reparabilidade do dano moral difuso ou coletivo, que se assenta na agressão a bens e valores jurídicos que interessam à coletividade como um todo, de forma indivisível.

10. O reconhecimento de que pessoas não passíveis de detrimento anímico podem ser vítimas de dano moral impõe uma reformulação do papel desempenhado pela indenização relacionada com essa espécie de dano. Quando atinge pessoas sem consciência ou capacidade de "dor", a indenização não desempenha a função de compensar o dano ou de trazer satisfação à vítima. Nesses casos, a indenização atua apenas como forma de punição de um comportamento censurável, violador de algum bem integrante da personalidade de outrem.

11. Enquanto em relação ao dano material a indenização em dinheiro representa normalmente um equivalente do dano, por se prestar a reconstituir economicamente o patrimônio afetado ou diminuído, no tocante ao dano moral essa equivalência não existe, uma

vez que os bens integrantes da personalidade não são quantificáveis em pecúnia, ou seja, não têm um preço.

No tocante ao dano moral não há falar em correspondência valorativa ou simetria entre o dano e a indenização. A ausência de economicidade ou de "patrimonialidade" do bem afetado ou lesado pelo dano moral impede essa equação.

12. Atualmente, tem preponderado na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a indenização do dano moral exerce uma dupla função: *expiação*, em relação ao culpado; *satisfação*, em relação à vítima.

13. Na verdade, a indenização do dano moral apresenta uma complexidade que não admite reducionismos. Sua finalidade não se limita à satisfação da vítima, nem está restrita à punição do ofensor. Tampouco se afigura exata a idéia de que ela desempenharia, sempre, essas duas funções. Somente à luz do caso concreto poderá o juiz determinar as finalidades que devem ser desempenhadas pela indenização.

14. Em uma sociedade profundamente desigual, onde predomina o pensamento (neo)liberal, imposto por uma elite que controla a produção e a distribuição dos bens de consumo, submetendo o restante da população a produtos e serviços potencialmente danosos, impõe-se a reformulação do papel da responsabilidade civil, para conferir destaque às noções de *prevenção* de danos e de *punição* dos responsáveis.

15. A indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil, que assume um papel complexo determinado pelo próprio desenvolvimento da sociedade moderna.

16. Assim sendo, impõe-se estabelecer bases teóricas firmes para a indenização punitiva, a fim de que ela possa atingir plenamente suas finalidades.

17. Afigura-se valioso, para tanto, o exame dos *punitive damages* na experiência dos países integrantes da denominada família do *common law*, notadamente os Estados Unidos da América, onde é maior a casuística na aplicação do instituto.

18. No exame dos *punitive damages*, o estudioso deve despir-se de preconceitos que cercam aquela espécie de sanção. Deve ainda atentar para as peculiaridades dos ordenamentos jurídicos dos países em que ela é aplicada.

19. A indenização punitiva atende a dois objetivos principais bem definidos que a distinguem da indenização de natureza compensatória: a *dissuasão* (ou *prevenção*) e a *retribuição* (*punição*).

20. Secundariamente, a indenização punitiva constitui forma de eliminação do lucro ilicitamente obtido pelo causador do dano; auxilia a preservar o princípio da liberdade contratual; colabora para manter ou restaurar o equilíbrio nas relações de consumo; e atua como instrumento de defesa de contratantes que se encontram em posição de inferioridade.

21. Essa forma de indenização deve ser reservada aos casos de dano moral nos quais o comportamento do lesante se revele particularmente reprovável. Assim, a princípio, deve ela ser imposta apenas quando comprovada a existência de dolo ou culpa grave do agente.

22. A indenização punitiva é aplicável também nos casos em que o agente obteve lucro com o ato ilícito praticado.

23. O arbitramento do *quantum* correspondente à indenização punitiva deve ser realizado separadamente em relação à fixação da indenização de natureza compensatória do mesmo dano.

Essa separação garante transparência à sentença, possibilitando o controle da adequação dos critérios utilizados e da valoração realizada. Além disso, facilita a verificação do peso atribuído à compensação do dano e o conferido à reprovabilidade da conduta, permitindo, com isso, verificar a existência ou não de proporcionalidade da indenização

punitiva em relação à indenização compensatória do dano moral e em relação à indenização do dano material eventualmente existente.

24. Na determinação do montante indenizatório devem ser consideradas, dentre outras possíveis circunstâncias, o grau da culpa ou a intensidade do dolo do agente, a extensão ou gravidade do dano, as condições pessoais do ofensor e da vítima (não a situação socioeconômica desta), a situação econômica do ofensor e o lucro por este auferido com o ato ilícito.

Os valores fixados a título de indenização compensatória do dano moral ou de reparação do dano material, embora não vinculem o valor da indenização punitiva, podem, em alguns casos, constituir parâmetro razoável para esta.

25. A regra que imponha limites rígidos e inflexíveis ao valor da indenização punitiva deve ser tida por inconstitucional, porque restringiria ou anularia a tutela do princípio fundamental da dignidade humana e dos direitos da personalidade. É aceitável, contudo, regra que crie limites que possam ser flexibilizados quando necessário para que a indenização punitiva venha a alcançar os seus objetivos.

**REFERÊNCIAS**


AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro : Forense. 1987. Vol. II.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

ALMEIDA, L. P. Moitinho de. *Enriquecimento sem causa*. Coimbra : Almedida. 2000.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la Responsabilidad Civil*. 8ª ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot. 1993.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo : Saraiva. 1949.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – O momento em que se opera a inversão e outras questões. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro : Renovar, nº 33, p. 43-69, maio/ago. 2002.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dimensões da interpretação conforme a constituição. *In*: *A constitucionalização do Direito. A Constituição como* locus *da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro : Lumen Juris. 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

ASSIS, Araken de. Indenização do dano moral. *In*: *Revista Jurídica*, nº 236, JUN/97.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro : Revan. 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro : Editora Rio. 1997

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4ª ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária. 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2ª ed. São Paulo : Ed. RT. 1994.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru : Edipro. 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília : Editora Universidade de Brasília. 1989.

BOGUS, Carl T. *Why Lawsuits are Good for America*. New York : New York University, 2001.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2000.

BRAZIER, Margaret; MURPHY, John. *Street on Torts*. Londres : Butterworths. 1999.

BREBBIA, Roberto H. *Daño moral*. 2ª ed. Córdoba : Orbir. 1967.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2ª ed. São Paulo : Ed. RT. 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra : Almedina. 1999.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O Direito geral de personalidade*. Coimbra : Coimbra Editora. 1995.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do Direito*. São Paulo : Lejus. 1999.

CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris : L.G.D.J. 1995.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro : Renovar. 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2ª ed. São Paulo : Malheiros. 1998.

CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo : ed. RT. 1985. Vol. III.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires : Astrea. 1995.

COMTE-SPONVILLE, André. *A sabedoria dos modernos*. São Paulo : Martins Fontes. 1999.

COMTE-SPONVILLE, André. *Apresentação da filosofia*. São Paulo : Martins Fontes. 2002

CONTI, Mario Sergio. *Notícias do Planalto: a imprensa e Fernando Collor*. São Paulo : Companhia das Letras. 1999.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções de Direito Civil*. Coimbra : Almedina. 1980.

COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 3ª ed. São Paulo : Saraiva. v. 1, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo : Moderna. 2002.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo : Martins Fontes, 1986.

DE CUPIS, Adriano. *El Daño – Teoria general de la responsabilidad civil*. Barcelona : Bosch. 1975.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro : Forense. 1987. vol. 1.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro : Forense. 1987. vol. 2.

DINIZ, Maria Helena. "A responsabilidade civil por dano moral". *Revista Literária de Direito*. São Paulo : Jurídica Brasileira. Jan./fev. 1996, p. 9.

DOBBS, Dan B.; HAYDEN, Paul T. *Torts and Compensation. Personal Accountability and Social Responsibility for Injury*. Saint Paul, Minnesota : West Group. 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo : Martins Fontes. 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro : Renovar. 2003.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris. 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2002.

FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo : Saraiva. 2004.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. *Espaço urbano e criminalidade. Lições da Escola de Chicago*. São Paulo : IBCCRIM. 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis : Vozes. 1997.

GIESEN, Dieter. *International Medical Malpractice Law: a comparative law study of civil liablity arising from medical care*. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) : Boston. 1988.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem Causa*. Porto : Universidade Católica Portuguesa. 1998.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8ª ed. Rio de Janeiro : Forense. 1988.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro : Forense. 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo : Malheiros. 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris. 1991.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral. A violência perversa no cotidiano*. 3ª Ed. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil. 2002.

HOBBES, Thomas. *Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo : Ícone Editora. 2000.

HOLMES, Oliver Wendell, Jr. *The Common law*. New York : Dover. 1991.

IHERING, Rudolf Von. *A finalidade do Direito*. Campinas : Bookseller. 2002, t. I.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Rio de Janeiro : Liber Juris. 1987.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona : Bosch. 1981, v. 1.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 19ª ed. São Paulo : Saraiva. v. 1, 1995.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo : Martin Claret. 2003.

KEETON, William Page. *Prosser and Keeton on Torts*. Saint Paul, Minnesota : West Group. 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 2ª ed. brasileira. São Paulo : Martins Fontes. 1987.

KHUN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo : Perspectiva. 2000

KIRCHER, John; WISEMAN, Christine. *Punitive Damages: Law and Practice*. 2ª ed. Saint Paul, Minnesota : West Group. 2000, vol. 1.

KIRCHER, John; WISEMAN, Christine. *Punitive Damages: Law and Practice*. 2ª ed. Saint Paul, Minnesota : West Group. 2000, vol. 2.

KIONKA, Edward J. *Torts in a Nutshell*. 3ª ed. Saint Paul, Minnesota : West Group. 1999.

KOENIG, Thomas H. e RUSTAD, Michael L. *In Defense of Tort Law*. Nova Iorque: New York University. 2001.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro : Lumen Juris. 2000.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor. 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo : Revista dos Tribunais. 1998.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo : Revista dos Tribunais. 1998.

MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Aide. 1992

MÁYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del Derecho*. México, DF : Porrua. 2000.

MAZEAUD, Henry y Leon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires : Europa-América. Tomo I, vol. 2, 1962.

MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves. *Direitos humanos. Coletânea de legislação*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos. 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro : Borsoi. 1959. Tomo XXVI.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 4ª ed. Rio de Janeiro : Âmbito Cultural Edições. 1992.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Bauru : Edipro. 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana. Uma leitura constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro : Renovar. 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. *In*: *Revista de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 65: 25, julho/setembro 1993.

MOSCON, Cledi de Fátima Manica. *O enriquecimento sem causa e o novo Código Civil brasileiro*. Porto Alegre : Síntese. 2003.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. 24ª ed. São Paulo : Saraiva. v. 1, 1986.

OHLWEILER, Leonel. *Direito Administrativo em perspectiva. Os termos indeterminados à luz da hermenêutica*. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2000.

ORGAZ, Alfredo. *El daño ressarcible. Actos ilícitos*. Buenos Aires : Editorial Bibliográfica Argentina. 1952.

PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro : Forense. 1990.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 8º ed. Madri : Tecnos. 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional.* Rio de Janeiro : Renovar. 1999.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*. Buenos Aires : Hammurabi. 2000.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*. Buenos Aires : Hammurabi. 1999.

RAMOS, André de Carvalho. "A ação civil pública e o dano moral coletivo". *In*: *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 25, p. 82.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 7ª ed. São Paulo : Saraiva. 1980.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense. 2000.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro : Forense. 2002

RIPERT, Georges. *A Regra moral nas obrigações civis*. Campinas : Bookseller. 2000.

ROCA, Encarna. *Derechos de daños. Textos y materiales*. 3ª ed. Valencia : Tirant lo Blanch. 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 12ª ed. São Paulo : Saraiva. 1989. Vol. 4.

ROSA, Mário. *A era do escândalo*. São Paulo : Geração Editorial. 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris. 1999.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *Programa de Direito Civil. Parte geral*. Rio de Janeiro : Editora Rio. 1979

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3ª ed. São Paulo : Método. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2001.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en Droit français*. 2ª ed. Paris : L.G.D.J. 1951. t. II.

SCHLUETER, Linda; REDDEN, Keneth R. *Punitive Damages*. New York : Lexis. 2000, v. 1.

SCHLUETER, Linda; REDDEN, Keneth R. *Punitive Damages*. New York : Lexis. 2000, v. 2.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2001.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o fundamento da moral*. São Paulo : Martins Fontes. 2001.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *In*: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, nº 20, jan./jul. 2002, p. 25

SÈROUSSI, Roland. *Introdução do Direito inglês*. São Paulo : Landy, 1999.

SHARP JR., Ronald A. *Dano moral*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Destaque. 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena. Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2002.

SICHES, Luis Recasens. *Filosofía del Derecho*. México, DF : Porrua. 1999.

SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil.* 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2002.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação.* 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense. 1999.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. Belo Horizonte : Del Rey. 2001.

SINGER, Peter. *Ética prática.* São Paulo : Martins Fontes. 1998.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law. Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra Editora. 1995.

STARCK, Boris. *Essai d'une theorie générale de la responsabilité civile consideré en sa double fonction de garantie et de peine privée.* Paris : L. Rodstein. 1947.

STEVENSON, Burton. *Stevensons book of quotation*. 8ª ed. [s.l.] : Cassell, 1946.

STIGLITZ, Gabriel A.; ECHEVESTI. Carlos A. *et al. Responsabilidad civil.* Buenos Aires: Hammurabi. 1993.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2ª ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2000.

TELLES JUNIOR, Gofredo. *Iniciação na ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo : Saraiva. 2002.

TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madri : Reus. 1952.

TOLSADA, Mariano Izquierdo. "La unificación de la responsabilidad civil contratual y extracontratual (visión europea)". *In*: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio.* Buenos Aires : Abeledo-Perrot. 1997.

VALLE, Christino Almeida do. *Dano moral*. Rio de Janeiro : Aide. 1993

VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Acciones civiles por accidentes o enfermedades del trabajo. *In*: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio.* Buenos Aires : Abeledo-Perrot. 1997.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civile*. *Les effets de la responsabilité*. 2ª ed. Paris : L.G.D.J. 2001.

ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil.* 2ª ed. Buenos Aires : Astrea. 1993.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*. Buenos Aires : Hammurabi. 1999, vol. 4.

ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação.* 7ª ed. Rio de Janeiro : Forense. 1998

**Dicionários:**

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira. 1999.

GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 7ª ed. St. Paul, Minnesota : West Group, 1999.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário Jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Barrister's. 1987.

HILL, Gerald; HILL, Kathleen. *Real Life Dictionary of the Law*. Disponível em <http://dictionary.law.com> Acesso em 24 out. 2003.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva. 2001.

SARAIVA, Francisco R. dos Santos. 10ª ed. *Dicionário Latino-Português*. Rio de Janeiro : Garnier, 1993.

SARAIVA, Vicente de Paulo. *Expressões Latinas Jurídicas e Forenses*. São Paulo : Saraiva, 1999.

**Fontes eletrônicas online:**

ATLA. *Fact Sheet: McDonald's Scalding Coffee Case*. Disponível em <http://www.atla.org/ConsumerMediaResources/Tier3/press_room/FACTS/frivolous/McdonaldsCoffeecase.aspx> Acesso em 5 out. 2003.

ATLA. *Government Study Debunks Tort Reformer' Misinformation*. Disponível em <http://www.atla.org/homepage/bjs.aspx> Acesso em 12 nov. 2003.

AUSTRALASIAN LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Disponível em <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/117clr118.html> Acesso em 24 out. 2003.

AMERICAN TORT REFORM ASSOCIATION. Disponível em <http://www.atra.org/show/7343>. Acesso em 26 out. 2003.

BERMUDES, Sergio. *Tá danado*. Disponível em <http://www.no.com.br> Acesso em 6 nov. 2003.

CENTER FOR AUTO SAFETY. *Ford Pinto Fuel-Fed Fires*. Disponível em <http://www.autosafety.org/article.php?scid=96&did=522> Acesso em 26 out. 2003.

CJ&D (Center for Justice and Democracy). *Mythbuster! The "McDonald's Coffee Case" and other Fictions*. Disponível em <http://www.centerjd.org/free/mythbusters-free/MB_mcdonalds.htm> Acesso em 11 nov. 2003.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Tort Law. The McDonald's Hot Coffee Case*. Disponível em <http://www.cooter-ulen.com/tort_liability.htm#McDonald's%20Coffee%20Case> Acesso em 11 nov. 2003

DESHARNAYS, Gaétane. *Le droit aux dommages exemplaires. Qu'en est-il au juste?* Disponível em <http://www.barreau.qc.ca/journal/vol29/no15/dommagesexemplaires.html> Acesso em 2 nov. 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Indenização por dano moral. A problemática do "quantum"*. Disponível em: <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m03-005.htm.> Acesso em 18 set. 2003.

DOWIE, Mark. *Pinto Madness*. Disponível em <http://www.motherjones.com/mother_jones/SO77/dowie.html> Acesso em 26 out. 2003.

ESPAÇO VITAL. *Indenização milionária para deficiente mental violentada: US$8 milhões*. Disponível em <http://www.espacovital.com.br/asmaisnovas06062002.htm#not08> Acesso em 25 set. 2003.

GIUSTIZIA-ITALIANA. *Il danno alla persona: evoluzione e disciplina*. Disponível em <http://www.giustizia-italiana.it/articoli/dannobiologico.htm#quattro> Acesso em: 18 set. 2003.

HUNGERFORD, Robert F; JONES, David K. *Canadian Law on Punitive Damages for Bad Faith*. Disponível em <http://www.thefederation.org/Public/RecentNews/misc/Whiten.htm> Acesso em 2 nov. 2003.

ILLINOIS STATE UNIVERSITY. *Finding, analyzing, and briefing court cases***.** Disponível em: <http://lilt.ilstu.edu/teeimer/POS%20266/Assignments/Interpcase.htm> Acesso em: 12 jun. 2003.

LAGROW, John Zenneth. *BMW of North America, Inc. v. Gore: Due Process Protection Against Excessive Punitive Damages Awards,* nota 25. Disponível em <http://www.nesl.edu/lawrev/vol32/1/LAGROW.HTM> Acesso em 1º maio 2003.

LAW REFORM COMMISSION OF IRELAND. *Report on aggravated, exemplary and restitutionary damages* – Disponível em: <http://www.lawreform.ie/publications/data/lrc107/lrc_107.html> Acesso em: 7 jun. 2003

MADD (*Mothers Against Drunk Driving*). Disponível em <http://www.madd.org> Acesso em 18 set. 2003.

MAY, Thomas Erskine. *Constitucional History of England since the Accession of George the Third*. Disponível em <http://home.freeuk.com/don-aitken/emay3v001.html> Acesso em 29 jun. 2003.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *A influência dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito interno*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1608>. Acesso em: 02 ago. 2003.

MIAMI HERALD, The. *Bush weighs 'heartbreaking' case of abused, retarded girl.* Disponível em <http://www.miami.com/mld/miamiherald/news/state/3369113.htm> Acesso em 25 set. 2003.

O'BRIEN, SHAFNER, STUART, KELLY & MORRIS, P.C. *The MCDONALDS Coffee Cup Case - Separating The McFACTS From The McFICTION*. Disponível em <http://library.lp.findlaw.com/articles/file/00369/005150/title/subject/topic/consumer%20law_consumer%20protection/filename/consumerlaw_1_392> Acesso em 11. nov. 2003.

PUBLIC CITIZEN. *Legal Myths: The McDonald's "Hot Coffee" Case*. Disponível em <http://www.citizen.org/congress/civjus/tort/myths/articles.cfm?ID=785> Acesso em 11 nov. 2003.

RAND. *Punitive Damages in Financial Injury Verdicts.* Disponível em <http://www.rand.org/publications/MR/MR889/MR889.text.html> Acesso em 11 nov. 2003.

RYAN, Patrick S. *Mc Do, Café Brûlant, et un Animal Domestique dans le Four à Micro-ondes: une Reconsideratión de la Notion Américaine des Dommages Exemplaires. In*: *Global*

*Jurist Advances*. 2003, v. 3. Disponível em <http://www.bepress.com/gj/advances/vol3/iss1/art3/> 15 set. 2003.

SAUX, Edgardo Ignacio. *La Tutela Inhibitoria y la Multa Civil: dos Modos de Evitar la Causación del Daño en el Proyecto de Nuevo Código Civil Argentino.* Artigo disponível em: <http://www.alterini.org/to_se1.htm> Acesso em 10 jul. 2003.

SNOPES. *The Microwaved Pet*. Disponível em <www.snopes.com/horrors/techno/micropet.htm> Acesso em 5 out. 2003.

TARABORRELI, Alejandro Atilio; MAGRI, Eduardo Omar. *Acerca de los Punitive Damages. Análisis Económico del Instituto*. Disponível em: <http://www.biglieri.org/publicaciones/castellano/catedra/acerca_de_los_punitive_damages.htm> Acesso em 28 maio 2003.

TETLEY, William. *Mixed jurisdictions : common law vs. civil law (codified and uncodified).* Disponível em <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1999-3a.htm> Acesso em: 19 jun. 2003.

TODD, Stephen. *Privatization of Accident Compensation: Policy and Politics in New Zealand*. Disponível em <http://washburnlaw.edu/wlj/39-3/articles/todd.pdf> Acesso em 24 out. 2003.

**Fontes eletrônicas *online* para pesquisa de legislação e jurisprudência:**

Câmara dos Deputados: http://www.camara.gov.br/

Senado Federal: http://www.senado.gov.br/web/secsdefa/principa.shtm

Superior Tribunal de Justiça: http://www.stj.gov.br/webstj/

Supremo Tribunal Federal: http://www.stf.gov.br/

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: http://www.tj.rj.gov.br/

CanLII (Canadian Legal Information Institute): http://www.canlii.org/

FindLaw: http://www.findlaw.com/casecode/

Legifrance: http://www.legifrance.gouv.fr/

LexisNexis: http://www.lexis-nexis.com/

Lexum: http://www.lexum.umontreal.ca/

Nolo: http://www.nolo.com/lawcenter/

Supreme Court of Canada: http://www.scc-csc.gc.ca/

VcieLaw.com: http://www.vcielaw.com/